

INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

Vasco Pereira da Silva

Ingo Wolfgang Sarlet

(Coordenação)



Direito Público Sem Fronteiras



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul
Faculdade de Direito



UNIVERSIDADE
DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO

Edição:

INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

www.icjp.pt

Junho de 2011



Faculdade de Direito

Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa

E-Mail: icjp@fd.ul.pt

ISBN: 978-989-97410-4-1

Direito Público Sem Fronteiras

Vasco Pereira da Silva

Ingo Wolfgang Sarlet

Direito Público Sem Fronteiras

Vasco Pereira da Silva

Ingo Wolfgang Sarlet

Introdução - Vasco Pereira da Silva ►

Capítulo I

Direito Constitucional Sem Fronteiras

1-O Papel do Poder Judiciário Brasileiro na Tutela e Efectivação dos Direitos (e Deveres) Sócio Ambientais - **Ingo Wolfgang Sarlet / Tiago Fensterseifer ►**

2- Pensando a Intervenção Regulatória do Sistema Jurídico nas Fases Iniciais dos Sistemas Tecnológicos em um Estado Socioambiental e Democrático de Direito - **Carlos Alberto Molinaro ►**

3- O Custo de Efetivar Direitos Fundamentais: Uma Abordagem do Papel do Ministério Público na Confluência do Direito e da Economia – **Jayme Weingartner Neto / Vinicius Diniz Vizzotto ►**

4- Reflexões acerca do sistema eleitoral brasileiro: a “tragédia democrática” e o wiki-tesarac - **Romano José Enzweiler ►**

5- Intervenção e Omissão Restritivas: Uma Proposta de Conceito e Classificação – **José Cláudio Carneiro Filho ►**

Capítulo II

Direito Administrativo Sem Fronteiras

6- Do Direito Administrativo Nacional ao Direito Administrativo sem Fronteiras (Breve Nota Histórica) – **Vasco Pereira da Silva** ▶

7- Ensaio sobre a Constitucionalização do Direito Administrativo no Contexto Brasileiro. Complexidade do Processo - **Paulo Ricardo Schier** ▶

8- As Administrações Públicas Locais numa Perspectiva Superdimensionada – **Ciro di Benatti Galvão** ▶

9 - A Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública nos Sistemas Jurídicos Brasileiro e Português. Uma Análise Comparada – **André de Azevedo Coelho** ▶

10 - O Instituto Público da Boa Administração - **Fabiana Carvalho Rocha** ▶

11- Abordagem Crítica acerca do Interesse Público: uma Visão Brasil-Portugal – **Frederico Rodrigues da Silva** ▶

12 - A Actual Compreensão do Conceito de Poder do Polícia Administrativa sob a Perspectiva de Novos Elementos – **Ana Luiza de Sousa Leal** ▶

13- Reflexões sobre Regulação, Gestão Pública e Desenvolvimento do Cidadão a partir da Intensidade da sua Convicção no Direito - **Phillip Gil França** ▶

14- Continuando a Viagem pela Europa do Direito Administrativo – **Vasco Pereira da Silva** ▶

Capítulo III

Processo Administrativo Sem Fronteiras

15 - Há Contencioso Administrativo no Brasil? Uma Análise Comparativa com a Justiça Administrativa Portuguesa – **Guilherme Julien de Rezende** ▶

16 - Estudo Comparado dos Instrumentos Jurídicos para as Demandas de Massa no Contencioso Administrativo Português – **Roberta Caúla Reis** ▶

17 - O Interesse Público e o Processo de Defesa dos Direitos dos Particulares: Aquisições de uma “Infância Difícil”? - **César Caúla** ▶

18 - A Substituição Jurisdicional em Contencioso Administrativo. Contributos para uma compreensão dos limites compatível com o Estado Democrático de Direito - **Leandro Emídio da Gama Ferreira** ▶

Capítulo IV

Direito do Ambiente Sem Fronteiras

19 - Os Deveres Ambientais na Constituição Brasileira de 1988 – Ney Belo ▶

20 - A Carta Francesa do Meio Ambiente – **Nicolas Hutten** ▶

21 - O Rótulo Ecológico Comunitário (REC) e o Eco-management and Audit Scheme. Ensaio sobre a sua Qualificação Jus-administrativa - **Mário Tavares da Silva** ▶

22 - A Gestão Integrada das Águas Subterrâneas: O Direito Comparado a partir da Análise do Aquífero Guarani no Brasil e da Directiva-quadro da Água em Portugal – **Janaína Rigo Santin / Thaís dalla Corte** ▶

23 - Um Verde Olhar sobre o *due process*...of Environment? - **João Paulo Medeiros** ▶

Introdução

Há já alguns anos, nos sucessivos Cursos de Mestrado que venho regendo na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, que escolho o tema do “Direito Público sem Fronteiras”. Quer se trate do Direito Constitucional, do Direito Administrativo, do Processo Administrativo, ou do Direito do Ambiente, o objectivo desta dimensão “sem fronteiras” é a de obrigar a olhar os distintos ramos de Direito à luz de uma metodologia que implica a adopção de uma (ou mais do que uma) das seguintes perspectivas: de Direito Comparado, de Direito Europeu e de Direito Global. O que não apenas me parece adequado para integrar turmas de Mestrado com estudantes de proveniência muito variada (e em que predominam os de origem brasileira), como permite também olhar para o Direito Público de uma forma mais ampla e aberta, que privilegia a vertente cultural, considerando dimensões novas de europeização e de globalização dos fenómenos jurídicos, juntamente com outras, tantas vezes menosprezadas pelos juspublicistas, de natureza comparatística.

Na conversa nunca-interrompida, que venho mantendo há vários anos, com o meu colega e amigo Ingo Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre, no Brasil), estão permanentemente a surgir comuns preocupações acerca da abordagem metodológica do Direito Público, assim como idênticas perspectivas acerca da necessidade de privilegiar esta nova lógica jurídica sem fronteiras. Daí, o surgir da ideia deste livro “a muitas mãos”, que junta trabalhos tanto de colegas professores como de estudantes dos cursos de mestrado e doutoramento, portugueses e brasileiros, uns e outros por nós escolhidos, em razão da partilha de comuns preocupações metodológicas de uma tentativa de abordagem do Direito Público sem fronteiras.

A escolha do formato de “e-book”, tanto pela novidade como pelas possibilidades infinitas de comunicação no ciber-espço, pareceu-nos particularmente adequada para publicação deste estudos jurídicos sem barreiras,

sejam culturais ou físicas. Ao Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa há que agradecer a publicação desta obra.

Vasco Pereira da Silva

]Lisboa, 4 de Abril de 2011

[voltar ao índice ▲](#) [início do texto ▲](#)

O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO NA TUTELA E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS (E DEVERES) SOCIOAMBIENTAIS¹

Ingo Wolfgang Sarlet²

Tiago Fensterseifer³

Sumário: O presente estudo analisa, à luz da “constitucionalização” da proteção do ambiente no ordenamento jurídico brasileiro, o papel do Poder Judiciário na tutela ecológica, o que se dá especialmente em razão dos deveres de proteção ambiental do Estado.

¹ O presente artigo corresponde à versão consideravelmente ampliada e atualizada de texto anterior publicado em: SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, Tiago. “O papel do Poder Judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos e deveres socioambientais”. In: *Revista de Direito Ambiental*, n. 52. São Paulo: Revista dos Tribunais, Out-Dez, 2008, p. 73-100; e, na sua versão (mais resumida) vertida para a língua inglesa, publicada em KOTZÉ, Louis J.; PATERSON, Alexander R. (Orgs.). *The Role of the Judiciary in Environmental Governance*. New York/The Netherlands: Wolters Kluwer, 2009, p. 249-266.

² Doutor em Direito pela Universidade de Munique. Estudos em Nível de Pós-Doutorado nas Universidades de Munique (bolsista DAAD), Georgetown e junto ao Instituto Max-Planck de Direito Social Estrangeiro e Internacional (Munique), como bolsista do Instituto, onde também atua como representante brasileiro e correspondente científico. Pesquisador visitante na Harvard Law School. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC/RS. Professor de Direito Constitucional nos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado da PUC/RS e da Escola Superior da Magistratura do RS (AJURIS). Professor do Doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha), Professor Visitante (bolsista do Programa Erasmus Mundus) da Universidade Católica Portuguesa (Lisboa). Coordenador do NEDF – Núcleo de Estudos e Pesquisa sobre Direitos Fundamentais da PUC/RS (Sistema de Grupos de Pesquisa do CNPq), vinculado ao Mestrado e Doutorado em Direito da PUC/RS. Autor, entre outras, das seguintes obras: *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009; *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 8ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. Juiz de Direito de Entrância Final (RS).

³ Mestre em Direito Público pela PUC/RS (Bolsista do CNPq). Membro do NEDF – Núcleo de Estudos e Pesquisa sobre Direitos Fundamentais da PUC/RS (CNPq). Associado do Instituto O Direito por um Planeta Verde e do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (IBAP). Professor-convidado da Especialização em Direito Constitucional da PUC/SP e da Especialização em Direito Ambiental da PUC/RJ. Autor da obra: *Direitos fundamentais e proteção do ambiente*. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. Defensor Público (SP).

Abstract: Under the view of the “constitutionalisation” of the environmental protection in the Brazilian juridical order, the present study analyses the role of the Judicial Power in terms of environmental protection, which is based especially on the State’s environmental protection duties in relation with a healthy environment.

Palavras-chave: “Constitucionalização” da proteção do ambiente; direito (e dever) fundamental ao ambiente; deveres de proteção ambiental do Estado; Poder Judiciário.

Keywords: “Constitutionalisation” of the environmental protection; fundamental (and duty) right to a healthy environment; State’s environmental protection duties; Judiciary.

1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DO AMBIENTE NO BRASIL: A PROTEÇÃO DO AMBIENTE COMO OBJETIVO E TAREFA DO ESTADO BRASILEIRO E COMO DIREITO (E DEVER) FUNDAMENTAL

No País da malária, da seca, da miséria absoluta, dos menores de rua, do drama fundiário, dos sem-terra, há, por certo, espaço para mais uma preocupação moderna: a degradação ambiental.⁴

Ajustada à evolução no âmbito do direito constitucional comparado registrada na última quadra do Século XX, especialmente por força da influência do ordenamento internacional (onde se consolidou todo um conjunto de convenções e declarações em matéria de proteção ambiental), a Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988 (doravante CF88), consagrou, em capítulo próprio (art. 225), o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado como direito (e dever!) fundamental da pessoa humana e estabeleceu um conjunto de princípios

⁴ BARROSO, Luís Roberto. “Proteção do meio ambiente na Constituição brasileira”. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 2. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 59.

e regras em matéria de tutela ambiental, reconhecendo o caráter vital da qualidade (e segurança) ambiental para o desenvolvimento humano em níveis compatíveis com a sua dignidade, no sentido da garantia e promoção de um completo *bem-estar existencial*. Assim, além de “constitucionalizar” a proteção ambiental no ordenamento jurídico brasileiro em capítulo próprio, inserido no Título da assim designada Ordem Social, a CF88 conta com diversos outros dispositivos em matéria de proteção ambiental, relacionando a tutela ecológica com inúmeros outros temas constitucionais de alta relevância.⁵ A CF88 (artigo 225, caput, e art. 5º, § 2º) atribuiu ao direito ao ambiente o *status* de direito fundamental do indivíduo e da coletividade, bem como consagrou a proteção ambiental como um dos objetivos ou tarefas fundamentais do Estado – Socioambiental⁶ - de Direito brasileiro. Há, portanto, o reconhecimento, pela ordem constitucional, da *dupla funcionalidade* da proteção ambiental no ordenamento jurídico brasileiro, a qual toma a forma simultaneamente de um *objetivo e tarefa estatal* e de um *direito (e dever) fundamental* do indivíduo e da coletividade, implicando todo um complexo de direitos e deveres fundamentais de cunho ecológico, muito embora a controvérsia em torno da existência de um direito subjetivo, especialmente no que diz com a possibilidade de a Natureza e as futuras gerações humanas poderem ser consideradas titulares de direitos subjetivos, discussão essa que, todavia, aqui não pretendemos adentrar⁷.

⁵ Quanto aos dispositivos constitucionais que relacionam a temática ambiental com outros temas e direitos fundamentais, pode-se destacar, de forma exemplificativa: arts. 7º, XXII, e 200, VIII, (direito do trabalho); art. 170, VI (ordem econômica e livre iniciativa); art. 186, II (direito de propriedade); art. 200, VIII (direito à saúde); art. 216, V (direitos culturais); art. 220 § 3º, II (comunicação social); art. 225, § 1º, VI (direito à educação); e art. 231, § 1º (direitos indígenas).

⁶ Superando as limitações tanto do Estado Liberal quanto do Estado Social, o assim chamado *Estado Socioambiental* conjuga as conquistas (em termos de tutela da dignidade humana e dos direitos humanos e fundamentais) dos modelos de Estado de Direito que o antecederam e passa a incorporar a tutela dos novos direitos ecológicos, numa perspectiva holística e inclusiva, pautada pela sinergia entre os direitos das diversas dimensões. Além disso, cuida-se de um modelo de Estado ancorado no paradigma da solidariedade (nas dimensões nacional, supranacional, intergeracional e mesmo interespecies), buscando projetar a comunidade humana num patamar mais evoluído de efetivação de direitos fundamentais e da garantia de uma vida saudável para todos os integrantes da comunidade humana e não-humana. Sobre o tema, v. a recente coletânea de SARLET, Ingo W. (Org.). *Estado Socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

⁷ A respeito dessa discussão, v., em especial, além dos demais artigos que integram a coletânea, SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, Tiago. “Algumas notas sobre a dignidade da pessoa humana e a dignidade da vida em geral: uma convivência possível e necessária”. In: MOLINARO, Carlos A.; MEDEIROS, Fernanda L. F.; SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, Tiago (Orgs.) *A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma discussão necessária*. Belo Horizonte: Editora

O enfoque de “direito-dever” fundamental presente no nosso texto constitucional (por força do *caput* do art. 225) traça um modelo de tutela ambiental que desloca o Estado da condição de único guardião da Natureza, inserindo os atores privados (“toda coletividade”) no quadro permanente de responsáveis pela tutela e promoção do ambiente⁸, o que torna imprescindível a possibilidade de levar as lesões ao patrimônio ambiental ao Poder Judiciário. Tal acesso ao sistema de justiça estatal pode ocorrer tanto sob um viés “associacionista” de cidadania, ou seja, por meio de associações civis (em especial as assim chamadas ONG’s - organizações não-governamentais⁹) dedicadas à causa ambiental (mediante o manuseio, no Brasil, da Ação Civil Pública), quanto sob um viés “individualista” de cidadania, assegurando aos cidadãos a posição, mesmo individualmente considerados, de agentes ativos no que diz com a promoção da defesa do ambiente (neste caso, especialmente mediante a utilização da Ação Popular e outros instrumentos jurisdicionais e administrativos). Para tal direção sinaliza o conteúdo normativo do art. 225 da CF88, especialmente em relação ao texto do seu *caput*, impõe normativamente, de forma expressa, a “toda a coletividade” o “dever de defender e preservar o ambiente” para as presentes e futuras gerações.

A partir do quadro sumariamente traçado e considerando que a CF88 (promulgada em 05.10.1988) já completou mais de 20 anos de existência, é possível discutir o quanto a constitucionalização da questão ambiental e todo o elenco de direitos e deveres socioambientais previsto expressa ou implicitamente no seu texto de fato tenha contribuído significativamente para a efetividade da tutela ambiental no Brasil, visto que a experiência comparada revela a existência

Fórum, 2008, p. 175-205.

⁸ Já por esta razão, mas não apenas em virtude dos deveres fundamentais em matéria socioambiental, não há como refutar, por mais que se possam discutir aspectos relevantes do tema, em especial no que diz com o seu *modus operandi*, uma eficácia dos direitos fundamentais socioambientais na esfera das relações privadas. Entre nós, desenvolvendo precisamente este tema, v., por todos, BELLO FILHO, Ney de Barros “A eficácia horizontal do direito fundamental ao ambiente”. In: SCHÄFER, Jairo (Org.). *Temas polêmicos do constitucionalismo contemporâneo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 361-399.

⁹ Com relação ao marco regulatório das organizações não-governamentais no Brasil, registra-se a existência da Lei [9.790, de 23 de março de 1999](#), bem como da [Lei 9.637, de 15 de maio de 1998](#). Além disso, por meio da Resolução 006, de 15 de junho de 1989 (alterada pela Resolução 292/02), o CONAMA criou o Cadastro Nacional de Entidades Ambientalistas, com o objetivo de manter em banco de dados o registro das entidades sem fins lucrativos atuantes no país cuja finalidade principal seja a defesa do meio ambiente. No cenário legislativo português, registra-se a Lei das Organizações Não-Governamentais de Ambiente – ONGAs (Lei n. 35, de 18 de julho de 1998).

de exemplos onde a constitucionalização foi bem mais recente e bem mais tímida, ao passo que os índices de eficiência na proteção do ambiente são historicamente muito mais elevados, como é o caso, por exemplo, da Alemanha. De qualquer modo, mesmo que não se possa aqui adentrar tal debate, o fato é que, a depender pelo menos do número de ações judiciais tramitando em todas as instâncias e esferas do Poder Judiciário no Brasil, o número de processos já apreciados e em tramitação é infinitamente superior ao que existia antes da promulgação da CF88. Por mais que, por si só, a constitucionalização da questão ambiental não seja a causa da assim chamada “judicialização”, ora referida, resulta evidente, bastando verificar os fundamentos invocados em grande parte das demandas, que a Constituição se faz intensamente presente, ainda mais se considerarmos - além do grande número de julgados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça - o crescente número de casos apreciados pelo Supremo Tribunal Federal¹⁰, a quem está, por dicção constitucional expressa (artigo 102 CF88), cometida a guarda da ordem constitucional.

Por evidente que o aspecto quantitativo não exclui uma série de indagações relevantes, em especial sobre a qualidade da crescente intervenção do Poder Judiciário na esfera da tutela ambiental e dos direitos e deveres socioambientais de um modo geral, como bem dá conta o problema da efetivação do direito à saúde, do direito à educação, dentre outros. Assim, é possível indagar tanto em que medida Juízes e Tribunais de fato estão sendo mais “amigos” do ambiente e dos direitos socioambientais, quanto revisitar a permanente controvérsia sobre a legitimidade da intervenção judicial, inclusive no que diz com sua conveniência e oportunidade em diversas hipóteses. Mesmo que não possamos aqui responder tais questões em toda sua extensão, ainda mais que remetem a uma série de problemas conexos, o nosso intento, mesmo mais modesto, é o de tentar apontar como o Poder Judiciário pode atuar no sentido de contribuir para a efetivação da proteção do ambiente e para a maior efetividade dos direitos e deveres socioambientais de um modo geral. Para tanto, iniciaremos com algumas considerações sobre a atuação do Poder

¹⁰ Sugere-se aqui seja acessada a página da internet do Superior Tribunal de Justiça, onde podem ser encontradas indicações sobre os casos mais destacados em matéria de proteção ambiental, no caso, selecionados pelo próprio Tribunal. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 24 de agosto de 2010.

Judiciário de uma maneira mais ampla, especialmente na sua condição de órgão estatal vinculado aos deveres de proteção ambiental (e dos demais direitos fundamentais sociais, na perspectiva socioambiental ora privilegiada) estabelecidos no plano constitucional, para, mais adiante, apontar e avaliar o possível papel do Poder Judiciário à vista de alguns exemplos extraídos da prática forense brasileira, priorizando, contudo, decisões de nossos Tribunais Superiores, no caso, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO EM SEDE DE TUTELA E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS (E DEVERES) SOCIOAMBIENTAIS: A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL VINCULADA AOS DEVERES DE PROTEÇÃO DO ESTADO PARA COM O AMBIENTE

Que a razão suprema de ser do Estado reside justamente no respeito, proteção e promoção da dignidade dos seus cidadãos, individual ou coletivamente considerados, devendo, portanto, tal objetivo ser continuamente perseguido e concretizado pelo Poder Público e pela própria sociedade, constitui já um dos lugares-comuns e postulados do Estado Constitucional (democrático e socioambiental de Direito) contemporâneo. Nesta perspectiva, os deveres de proteção no âmbito do Estado Constitucional estão alicerçados no compromisso (político e jurídico-constitucional) assumido pelos entes estatais, por meio do *pacto constitucional*, no sentido de tutelar e garantir nada menos do que uma *vida digna e saudável* aos indivíduos e grupos sociais, o que passa pela tarefa de promover a realização dos seus direitos fundamentais, retirando possíveis óbices colocados à sua efetivação. De acordo com tal premissa, a implantação das liberdades e garantias fundamentais (direito à vida, livre desenvolvimento da personalidade, etc.) pressupõe uma ação positiva (e não apenas negativa) dos poderes públicos, no sentido de remover os “obstáculos” de ordem econômica, social e cultural que impeçam o pleno desenvolvimento da pessoa humana.¹¹ Nesse sentido, uma vez que a proteção do ambiente é alçada ao status constitucional de

¹¹ PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 8.ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005, p. 214.

direito fundamental (além de tarefa e dever do Estado e da sociedade) e o desfrute da qualidade ambiental passa a ser identificado como elemento indispensável ao pleno desenvolvimento da pessoa humana, qualquer “óbice” que interfira na concretização do direito em questão deve ser afastado pelo Estado, seja tal conduta (ou omissão) obra de particulares, seja ela oriunda do próprio Poder Público.

Se considerarmos a *dimensão objetiva dos direitos fundamentais*, pode-se afirmar que a proteção ambiental foi alçada para o plano de valor jurídico do Estado *Socioambiental* de Direito consolidado na CF88. Nesse ponto, à luz da experiência constitucional portuguesa, PEREIRA DA SILVA acentua que a dimensão objetiva do direito fundamental ao ambiente implica, de imediato, que os princípios e valores ambientais sejam tomados como *bens jurídicos fundamentais*, projetando-se na atuação quotidiana de aplicação e de concretização do direito, para além de imporem objetivos e finalidades que não podem ser afastados pelos poderes públicos, como tarefa ou objetivo estatal.¹² De modo a atender aos seus deveres de proteção e de acordo com as lições de ALEXY, para além da sua função de proteção perante terceiros, incumbe ao Estado, por exemplo, tutelar os direitos fundamentais por meio de normas de direito penal, de normas de responsabilidade civil, de normas de processo civil, além de atos administrativos e ações fácticas.¹³ Para além dos exemplos trazidos acima, pode-se destacar também a cogente adoção, pelo Estado, de políticas públicas para a tutela e promoção de direitos fundamentais. No caso da proteção ambiental, como expressão mais específica dos deveres de proteção do Estado, além da elaboração de legislação versando sobre a tutela ambiental, pode-se citar a adoção de medidas de controle e fiscalização de ações poluidoras do ambiente, a criação de unidades de conservação, a criação e estruturação de órgãos públicos destinados à tutela ecológica e até mesmo campanhas públicas de educação e conscientização ambiental, além de outras medidas que objetivem a efetividade do direito em questão.

¹² PEREIRA DA SILVA, “Verde cor de direito...”, p. 63-64.

¹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 450. No tocante à legislação ambiental brasileira, vale registrar que a mesma é apontada por vários especialistas nacionais e estrangeiros como uma das mais avançadas do mundo, em que pese a sua efetividade deixar - e muito! - a desejar, observando-se, nesse cenário, um déficit procedimental, organizacional e estrutural, no que diz respeito aos órgãos incumbidos da proteção ambiental e aos meios disponíveis para bem exercerem suas atribuições.

Na mesma perspectiva, CANOTILHO afirma que, ao lado do “direito ao ambiente”, situa-se um “direito à proteção do ambiente”, expressando-se nos deveres atribuídos ao ente estatal de: a) combater os perigos (concretos) incidentes sobre o ambiente, a fim de garantir e proteger outros direitos fundamentais imbricados com o ambiente (direito à vida, à integridade física, à saúde, etc.); b) proteger os cidadãos (particulares) de agressões ao ambiente e qualidade de vida perpetradas por outros cidadãos (particulares).¹⁴ Assim, conforme destaca FERREIRA MENDES, o dever de proteção do Estado toma a forma de dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), autorizando os entes estatais a atuarem em defesa do cidadão mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção, especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico¹⁵, o que, vale ressaltar, é de fundamental importância na tutela do ambiente, já que algumas das maiores ameaças ecológicas provêm do uso de determinadas técnicas com elevado poder destrutivo ou de contaminação do ambiente (como, por exemplo, o aquecimento global e a contaminação química). Ainda sob a ótica da atuação do Estado na tutela ecológica, considerando que tal, por força do princípio da precaução, deve se antecipar ao dano ambiental propriamente, CANÇADO TRINDADE aponta para a obrigação do Estado de evitar riscos ambientais sérios à vida, inclusive com a adoção de “sistemas de monitoramento e alerta imediato” para detectar tais riscos ambientais sérios e “sistemas de ação urgente” para lidar com tais ameaças.¹⁶ Tal entendimento é adequado, por exemplo, à tutela do ambiente atrelada às questões climáticas, pois tais “sistemas estatais de prevenção do dano ambiental” permitiriam uma atuação mais efetiva em casos de eventos climáticos extremos (enchentes, desabamentos de terra, etc.), de modo a prever os desastres naturais, e, mesmo em caráter preventivo (ou, pelo menos, buscando minimizar os impactos), tutelar de forma mais efetiva os direitos fundamentais das pessoas expostas a tais situações. Enfim, a partir das considerações tecidas acima, resulta

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “O direito ao ambiente como direito subjetivo”. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 188.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 12.

¹⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 75.

patente a obrigação constitucional do Estado-Legislator de adotar medidas legislativas e do Estado-Administrador de executar tais medidas de forma adequada e suficiente à tutela ecológica, assegurando o desfrute do direito fundamental em questão. E, quando tal não ocorrer, por omissão ou atuação insuficiente, o Estado-Juiz poderá ser acionado para coibir ou corrigir eventuais violações aos parâmetros constitucionalmente exigidos em termos de proteção e promoção do ambiente e da vida humana e não-humana.

Outro aspecto importante atrelado às deveres de proteção ambiental do Estado diz respeito à limitação da discricionariedade estatal (legislativa, administrativa e judicial) deles decorrente. Os deveres de proteção ambiental conferidos ao Estado vinculam os poderes estatais ao ponto de limitar a sua liberdade de conformação na adoção de medidas atinentes à tutela do ambiente. A consagração constitucional da proteção ambiental como tarefa estatal, de acordo com o entendimento de GARCIA, traduz a imposição de deveres de proteção ao Estado que lhe retiram a sua “capacidade de decidir sobre a oportunidade do agir”, obrigando-o também a uma adequação permanente das medidas às situações que carecem de proteção, bem como a uma especial responsabilidade de coerência na auto-regulação social.¹⁷ No caso especialmente do Poder Executivo, há uma clara limitação ao seu *poder-dever*¹⁸ de discricionariedade, de modo a restringir a sua margem de liberdade na escolha nas medidas protetivas do ambiente, sempre no intuito de garantir a maior eficácia possível ao direito fundamental em questão. Na mesma vereda, BENJAMIN identifica a redução da discricionariedade da Administração Pública como benefício da “constitucionalização” da tutela ambiental, pois as normas constitucionais impõem e, portanto, vinculam a atuação administrativa no sentido de um permanente dever de levar em conta o meio ambiente e de, direta e

¹⁷ GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *O lugar do direito na proteção do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 481.

¹⁸ Sobre a idéia de *dever discricionário* (e não poder discricionário!) como “eixo metodológico” do Direito Público, é lapidar a lição de BANDEIRA DE MELLO: “é o dever que comanda toda a lógica do Direito Público. Assim, o dever assinalado pela lei, a finalidade nela estampada, propõe-se, para qualquer agente público, como um imã, como uma força atrativa inexorável do ponto de vista jurídico”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 15.

positivamente, protegê-lo, bem como exigir o seu respeito pelos demais membros da comunidade estatal.¹⁹

Em outras palavras, pode-se dizer que – na perspectiva dos deveres de proteção e do dever de proteção suficiente que lhes é correlato - tanto não há “margem” para o Estado “não atuar”, quanto não lhe é deferida a prerrogativa de “atuar de forma insuficiente” (tudo à luz do *princípio da proibição de insuficiência* de proteção ou de proteção deficiente, aqui vislumbrado, em especial, na sua conexão com as exigências da *proporcionalidade*) na proteção do ambiente, pois tal atitude estatal resultaria em prática inconstitucional²⁰. Conforme a lição de LEME MACHADO, ante o tratamento constitucional de “bem de uso comum do povo” dispensado ao ambiente, o Poder Público passa a figurar, não como proprietário de bens ambientais – por exemplo, das águas e da fauna -, mas como gestor, o qual administra bens que não são dele e, por isso, deve explicar convincentemente sua gestão.²¹ Tal concepção de um Estado “Gestor” do patrimônio ambiental caminha alinhada com a perspectiva dos deveres de proteção ambiental, já que ao Estado cabe tutelar um direito fundamental que é de toda a sociedade, devendo lançar mão de todas as medidas necessárias à consecução de tal objetivo. Além disso, importa frisar que nesta mesma perspectiva e como decorrência específica dos deveres de proteção, incumbe ao Estado prestar contas aos seus cidadãos a respeito da adequação e suficiência das medidas adotadas para a tutela ecológica, visto que, a depender das circunstâncias, também neste caso cabível a intervenção judicial.

¹⁹ BENJAMIN, Antônio Herman. “Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira”. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (Orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 75.

²⁰ Não sendo o caso aqui de desenvolver o ponto, remetemos, no âmbito da literatura brasileira sobre os deveres de proteção e a proibição de proteção insuficiente, em especial aos contributos de SARLET, Ingo Wolfgang, *A Eficácia...*, op. cit., p. 142 e ss., 190 e ss. e 395 e ss., bem como STRECK, Lênio Luiz. “A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico”, in: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, n. 53, Mai-Set, 2004, p. 223-, FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, assim como, do mesmo autor, *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. No campo do direito ambiental, v. FREITAS, Juarez. “Princípio da precaução: vedação de excesso e de inoperância”, in: *Separata Especial de Direito Ambiental da Revista Interesse Público*, n. 35, 2006, p. 33-48.

²¹ LEME MACHADO, Paulo Afonso. *Direito ambiental brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 127.

A partir do conteúdo normativo do art. 225 da CF88, GAVIÃO FILHO traça um modelo de atuação do Estado, com as seguintes características: a) recusa da estatização, no sentido de que a tutela do ambiente é uma função de todos, e não apenas do Estado; b) a insuficiência da visão liberal no sentido de que o Estado não se resume a um mero Estado de polícia, confiante na obtenção da ordem jurídica ambiental pelo livre jogo de forças contrapostas; c) a abertura ambiental no sentido de que os indivíduos possam obter do Poder Público todas as informações sobre o ambiente; d) a participação dos indivíduos nas questões relativas à defesa e proteção do ambiente, notadamente no âmbito dos procedimentos administrativos que tratam das questões ambientais; e) o associacionismo ambiental no sentido de que a sociedade, regularmente organizada, possa valer-se dos instrumentos da democracia para exercitar pressão sobre o legislador e o administrador em relação às questões ambientais, inclusive por intermédio de ações para a preservação e reparação de ações ou omissões estatais ou privadas lesivas ao ambiente.²² O Estado, nesse contexto, a depender da situação concreta, deve adotar tanto condutas positivas quanto negativas na sua atuação, buscando potencializar ao máximo a proteção ambiental no âmbito das funções estatais (legislativa, executiva e jurisdicional) de todos os entes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), bem como de outras instituições estatais, como é o caso do Ministério Público e da Defensoria Pública. Nesse sentido, vale lembrar que a CF88, no seu art. 23, consagrou a competência material comum, e, portanto, a tarefa e responsabilidade solidária de todos os entes federativos, no sentido de “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (inciso VI)” e “preservar as florestas, a fauna e a flora (inciso VII)”.

Seguindo, ainda, na análise do tratamento constitucional conferido aos deveres de proteção ambiental do Estado pela CF88, cumpre registrar que os inúmeros incisos do § 1º do art. 225 trazem, de forma expressa, uma série de medidas protetivas a serem patrocinadas pelos entes públicos, consubstanciando projeções normativas de um *dever geral de proteção ambiental do Estado*²³. Entre as medidas impostas ao

²² GAVIÃO FILHO, “Direito fundamental ao ambiente...”, p. 24-25.

²³ MILARÉ também destaca a idéia em torno de um “dever estatal geral de defesa e preservação do meio ambiente”, o qual seria fragmentado nos deveres específicos elencados no Art. 225, §1º, da CF88. MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 189 e ss.

Estado com o objetivo de assegurar a higidez do ambiente, encontram-se: I) preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II) preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III) definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV) exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V) controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI) promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; e VII) proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade. Por certo, deve-se destacar que o rol dos deveres de proteção ambiental do Estado traçado pelo §1º do art. 225 é apenas exemplificativo²⁴, estando aberto a outros deveres necessários a uma tutela abrangente e integral do ambiente, especialmente em razão do surgimento permanente de novos riscos e ameaças à Natureza provocadas pelo avanço da técnica, como é o caso, por exemplo, do aquecimento global. O Estado, nesse contexto, não está apenas “habilitado”, mas sim “obrigado” a normatizar condutas e atividades lesivas ao ambiente como, por exemplo, com a tipificação de crimes ambientais ou de infrações administrativas, bem como por meio da regulamentação da responsabilidade civil do poluidor pelos danos causados ao ambiente.²⁵ Como exemplo de medida tomada pelo Estado brasileiro no sentido de

²⁴ Também no sentido de conferir ao dispositivo do art. 225, § 1º, natureza meramente exemplificativa, e não *numerus clausus*, v. BARROSO, Luís Roberto. “Proteção do meio ambiente na Constituição brasileira”. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 2. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 68.

²⁵ Sobre a caracterização da responsabilidade civil – inclusive de natureza objetiva – do poluidor ambiental na legislação ambiental brasileira, remete-se o leitor ao art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81. No direito comparado, destaca-se a novel legislação que regulou o regime de prevenção e reparação do dano ecológico no ordenamento jurídico português, editada através do Decreto-Lei 147, de 29 de

concretizar o seu dever de proteção ambiental, pode-se destacar a edição da Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), a qual tratou de prever sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, inclusive com a caracterização da responsabilidade penal da pessoa jurídica (art. 3)²⁶, de modo a regulamentar dispositivo constitucional (art. 225, § 3º). Tal medida legislativa, acompanhada de todo o conjunto de leis ambientais brasileiras, que não cabe aqui relacionar, dão cumprimento aos deveres de proteção ambiental atribuídos ao Estado pela CF88.

Mediante tal arcabouço normativo-constitucional, pode-se afirmar que o *Estado Socioambiental de Direito* brasileiro, tal como delineado pela CF88, é também e em primeira linha um Estado “guardião e amigo” dos direitos fundamentais²⁷, estando, portanto, todos os poderes e órgãos estatais vinculados à concretização do direito fundamental a viver em um ambiente sadio, seguro e equilibrado, sem prejuízo da responsabilidade dos particulares, inclusive mediante a imposição de deveres fundamentais, aspecto que, todavia, aqui não será desenvolvido. Tal tarefa coloca para o Estado brasileiro, além da proibição de interferir no âmbito de proteção do direito fundamental a ponto de violá-lo, também a missão constitucional de promover e garantir, inclusive em termos prestacionais, o desfrute do direito ao ambiente, quando tal se fizer necessário. Assim, em maior ou menor medida, todos os Poderes Estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário), estão constitucionalmente obrigados, na forma de *deveres de proteção e promoção ambiental*, a atuar, no

junho de 2008, o qual transpôs para o plano nacional a Diretiva 2004/35 da Comunidade Européia. Sobre o tema da responsabilidade civil na perspectiva do direito português, inclusive com foco na análise da legislação citada, v. GOMES, Carla Amado; ANTUNES, Tiago (Orgs.). *Actas do Colóquio “A responsabilidade Civil por Dano Ambiental”*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (Faculdade de Direito de Lisboa)/Associação Portuguesa para o Direito do Ambiente/Instituto Lusitano para o Direito do Ambiente, 2009. Disponível em: <http://www.icjp.pt/publicacoes>. Acesso em 23 de junho de 2010. Ainda, no cenário jurídico espanhol, há a *Ley de Responsabilidad Medioambiental* (Ley 26, de 23 de outubro de 2007). No âmbito da literatura brasileira, v., por todos, MORATO LEITE, José Rubens; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial (teoria e prática)*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010; e STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

²⁶ Sobre a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, já se manifestou favoravelmente o Superior Tribunal de Justiça: REsp 610114/RN, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 17.11.2005.

²⁷ A respeito da consagração do modelo de Estado de Direito contemporâneo como um Estado “guardião ou amigo” dos direitos fundamentais, v. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 143.

âmbito da sua esfera constitucional de competências, sempre no sentido de obter a maior eficácia e efetividade possível dos direitos e deveres fundamentais socioambientais. Nessa perspectiva, quando a atenção se volta para a degradação ambiental em geral, tendo em vista os riscos sociais e ambientais que lhe são correlatos e já estão em curso, verifica-se a existência de uma série de deveres estatais a serem adotados no sentido do enfrentamento das suas causas e conseqüências. A não-adoção de medidas protetivas – legislativas e executivas – por parte do Estado, no sentido de assegurar a eficácia e efetividade do direito fundamental em questão resulta em prática inconstitucional, passível, portanto, de controle judicial, tanto sob a via abstrata quanto difusa. De acordo com MEDAUAR, “cabe ao Judiciário apreciar o cumprimento, por parte do Legislativo ou por parte do Executivo, das diretrizes constitucionais ou legais relativas à proteção ambiental, para que tornem efetivas e não sejam desrespeitadas ou ignoradas. Resta claro, assim, que no caso das omissões do Executivo, há muito consideradas pelo Judiciário na esfera da responsabilidade civil, hão de ser apreciadas em matéria de defesa do meio ambiente, para que as autoridades sejam obrigadas a adotar as medidas permanentes, com fundamento sobre tudo na Constituição Federal”.²⁸

Sob tal enfoque, assume relevo o marco jurídico-político da *governança ambiental*²⁹ e da discussão sobre qual a medida da participação do Poder Judiciário nesse processo, visto que – e a evolução brasileira assim o atesta – o constante recurso ao Poder Judiciário, a despeito da cada vez maior difusão de outras alternativas – com destaque para o Inquérito Civil e o Termo de Ajustamento de Conduta³⁰ – tem atuado cada vez mais como um agente privilegiado na esfera da proteção ambiental, o que, é bom ressaltar, é legitimado constitucionalmente pela garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional de qualquer lesão ou ameaça de lesão

²⁸ MEDAUAR, Odete. “Alcance da proteção do meio ambiente pela via jurisdicional: controle das políticas públicas ambientais?”. In: DÍSEP, Clarissa Ferreira M.; NERY JUNIOR, Nelson; MEDAUAR, Odete (Coord.). *Políticas públicas ambientais: estudos em homenagem ao Professor Michel Prieur*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 230.

²⁹ Sobre o tema da governança ambiental, inclusive sob a ótica da atuação do Poder Judiciário, remete-se o leitor a obra de KOTZÉ, Louis J.; PATERSON, Alexander R. (Edit.). *The Role of the Judiciary in Environmental Governance: Comparative Perspectives*. The Netherlands: Wolters Kluwer, 2009.

³⁰ V., respectivamente, art. 8º, § 1º, e art. 5, § 6º, da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85).

a direito, arrolada no rol dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, XXXV, da CF88), sem que se esteja aqui a desconsiderar toda a controvérsia que cerca a intervenção judicial na esfera das políticas públicas e o controle dos atos dos demais órgãos estatais, que evidentemente também se reflete em matéria socioambiental. Nesses termos, o controle judicial de *políticas públicas ambientais* deve ser visto também como um mecanismo conferido ao cidadão, individual ou coletivamente considerado³¹, de controle sobre a atividade política do administrador e do legislador, o que encontra fundamento constitucional no próprio *caput* do art. 225, que estabelece o dever não apenas do poder público, mas também dos atores privados, no sentido de proteger o ambiente para as presentes e futuras gerações, dando uma feição nitidamente democrático-participativa para o papel do indivíduo e da sociedade na consecução de tal papel constitucional. Tal se faz possível especialmente no caso da tutela ambiental, já que há instrumentos, como é o caso, por exemplo, da ação civil pública, da ação popular e das ações decorrentes dos direitos de vizinhança, conferidos ao indivíduo (nos dois últimos casos) e às associações civis de proteção ambiental (no primeiro caso), que se prestam perfeitamente para canalizar tal fiscalização.³² Assim, a ação judicial deve ser vista também como um instrumento de atuação política, na esteira de uma democracia direta e participativa. As omissões ou ações predadoras do ambiente impetradas pelo Poder Público não podem esquivar-se de tal controle do cidadão, perfeitamente legítimo no marco jurídico-constitucional de um Estado de (e, portanto, subordinado ao) Direito.

³¹ De acordo com tal assertiva, por força do postulado da atipicidade da tutela jurisdicional e da primazia do direito material, ADA GRINOVER registra que “qualquer tipo ação – coletiva, individual com efeitos coletivos ou meramente individual – pode ser utilizada para provocar o Poder Judiciário a exercer o controle e a possível intervenção em políticas públicas”. GRINOVER, Ada Pellegrini. “Controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário”. In: *Revista de Processo*, n. 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, Out-2008, p. 27.

³² Alinhado à dimensão democrático-participativa do controle judicial de políticas públicas instrumentalizado pela ação civil pública, ROBERTO GOMES assevera que “a ação civil pública é o instrumento processual da cidadania com maior adequação e eficácia para o controle jurisdicional da omissão ilícita da Administração Pública, mediante a participação popular do titular do poder político, através do ente legitimado, na pretensão de exigir a concretização de prestações estatais positivas por meio do fazer ou do não-fazer, forte na efetividade do processo, no amplo acesso à ordem jurídica justa e na luta pela realização das aspirações sociais”. ROBERTO GOMES, Luís. *O Ministério Público e o controle da omissão administrativa: o controle da omissão estatal no Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 265.

Para alentar um pouco mais a reflexão e sintonizar o nosso estudo com o plano normativo internacional³³, especialmente sobre o enfoque da atuação do Poder Judiciário na tutela ecológica, merece destaque a Convenção de Aarhus sobre Acesso à Informação, Participação Pública na Tomada de Decisões e Acesso à Justiça em Matéria Ambiental (2001)³⁴. A Convenção traz, entre os seus objetivos, garantir ao público em geral, bem como às organizações não-governamentais, o acesso a mecanismos judiciais eficazes de forma a proteger os seus interesses legítimos e a garantir a aplicação da lei em questões ambientais. Nessa perspectiva, de acordo com o teor literal da Convenção, o Estado “além e sem prejuízo dos procedimentos de revisão referidos nos parágrafos 1º e 2º acima, assegurará aos membros da comunidade que satisfaçam os critérios estabelecidos no direito interno, o acesso aos processos administrativos ou judiciais destinados a impugnar os atos e as omissões de particulares e de autoridades públicas que infrinjam o disposto no respectivo direito interno em relação ao ambiente (art. 9º, 3)”.³⁵ Há, portanto, clara intenção de encarregar os Juízes e Tribunais da função de instância “revisora” de ações ou omissões perpetradas em prejuízo ao ambiente, não somente por particulares, mas também pelos poderes públicos. Em outra passagem relacionada ao tema, a Convenção estabelece que o Estado, notadamente

³³ Sobre o tema, recomenda-se também a leitura da Declaração de Johannesburg sobre “Principles on the Role of Law and Sustainable Development”, adotada no âmbito do Simpósio Internacional de Juízes, ocorrido em Johannesburg, África do Sul, de 18 a 20 de agosto de 2002. Disponível em: <http://www.unep.org/Documents/Multilingual/Default.asp?ArticleID=3115&DocumentID=259>. Acesso em 04 de maio de 2010.

³⁴ Disponível em: <http://www.unece.org/env/pp/treatytext.htm> (versão original em língua inglesa) e <http://www.unece.org/env/pp/EU%20texts/conventioninportogese.pdf> (versão não-oficial em língua portuguesa). Acesso em 24 de agosto de 2010. Embora tida inicialmente como uma Convenção Internacional de âmbito regional, iniciada pela Comissão Econômica das Nações Unidas para a Europa e que se restringia a países europeus, no final de 2007, ela já havia sido assinada e ratificada por 40 países, primordialmente da Europa e Ásia Central, bem como pela União Européia. A Convenção está aberta a para adesão de países não europeus, sujeita à aprovação da Reunião das Partes. Conforme pontua BOSSELMAN, “embora seu escopo ainda seja regional, a importância da Convenção de Aarhus é global e ela representa o mais primoroso tratado do Princípio 10 da Declaração do Rio de Janeiro”. BOSSELMANN, Klaus. “Direitos humanos, meio ambiente e sustentabilidade”. In: SARLET, Ingo W. (Org.). *Estado Socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 81.

³⁵ Tradução livre dos autores a partir do texto original na língua inglesa: “Art. 9 (...). 3. In addition and without prejudice to the review procedures referred to in paragraphs 1 and 2 above, each Party shall ensure that, where they meet the criteria, if any, laid down in its national law, members of the public have access to administrative or judicial procedures to challenge acts and omissions by private persons and public authorities which contravene provisions of its national law relating to the environment”.

o Poder Judiciário, deve proporcionar que os mecanismos e procedimentos disponibilizados (em especial os referidos na Convenção) sejam “adequados e eficazes, bem como justos, equitativos, céleres e não exageradamente dispendiosos, considerando, ainda, a reparação do direito quando necessária. As decisões adotadas em aplicação do presente artigo devem ser apresentadas ou registradas por escrito. As decisões dos tribunais e, quando possível, também de outras instâncias, deverão ser acessíveis ao público (9º, 4)”.³⁶ No dispositivo em questão, verifica-se clara preocupação com a celeridade, equidade, publicidade e efetividade das decisões judiciais. Por fim, ainda quanto ao papel do Poder Judiciário, a Convenção destaca que, com o objetivo de aumentar a eficácia dos seus dispositivos, o Estado “assegurar a disponibilização ao público das informações relativas ao acesso aos processos de recursos administrativos e judiciais e considerará a possibilidade de estabelecer mecanismos de assistência adequados para eliminar ou reduzir os óbices financeiros e outros ao acesso à justiça (art. 9º, 5)”.³⁷ A partir da leitura da parte final do último dispositivo analisado, verifica-se clara vontade de criar mecanismo ou mesmo instituição pública – no caso brasileiro, podemos citar os exemplos do Ministério Público e da Defensoria Pública – capaz de assistir juridicamente indivíduos, grupos sociais e também organizações não-governamentais na tutela de seus interesses de natureza ecológica, a fim de tutelar seu direito a viver em um – e não qualquer! – ambiente sadio, equilibrado e seguro.

As considerações tecidas até aqui, em termos gerais, dão guarida ao novo papel assumido pelo Juiz e pelos Tribunais no âmbito das relações processuais, especialmente quando estiver em causa processo de natureza coletiva, como ocorre nas ações civis públicas ambientais, projetando um “agir” simultaneamente

³⁶ Tradução livre (e parcial) dos autores a partir do texto original na língua inglesa: “Art. 9 (...). 4. In addition and without prejudice to paragraph 1 above, the procedures referred to in paragraphs 1, 2 and 3 above shall provide adequate and effective remedies, including injunctive relief as appropriate, and be fair, equitable, timely and not prohibitively expensive. Decisions under this article shall be given or recorded in writing. Decisions of courts, and whenever possible of other bodies, shall be publicly accessible”.

³⁷ Tradução livre dos autores a partir do texto original na língua inglesa: “Art. 9 (...). 5. In order to further the effectiveness of the provisions of this article, each Party shall ensure that information is provided to the public on access to administrative and judicial review procedures and shall consider the establishment of appropriate assistance mechanisms to remove or reduce financial and other barriers to access to justice”.

proativo e protetivo para com o ambiente e os direitos socioambientais. Nesse sentido, MOREIRA destaca justamente que as questões ambientais desafiam a atuação de Juízes e Tribunais, os quais se situam entre um “paradigma liberal” e conservador, de matriz individualista e positivista, privilegiando a preservação da independência das funções estatais e da presunção de legitimidade dos atos administrativos, onde o órgão jurisdicional reservaria para si apenas um lugar de neutralidade e inércia processual; e, de outro, que o autor denomina de “paradigma sistêmico”, o qual reconhece a legitimidade constitucional do controle judicial da discricionariedade administrativa, em termos de políticas públicas³⁸, privilegiando a força normativa dos princípios constitucionais, bem como a atuação do Juiz como agente político vinculado à realização da ordem de princípios e valores constitucionais fundamentais. Na mesma linha, JUCOVSKY acentua que, no âmbito das ações civis públicas ambientais, o Juiz assume uma “tarefa de participação ativa e mais singular quanto ao princípio do impulso oficial”, em virtude da relevância social do tema, bem como de se tratar de direito indisponível³⁹, o que repercute, inclusive, na produção de provas, haja vista até mesmo a possibilidade de inversão do ônus probatório em tais pleitos, de modo a privilegiar a “paridade de armas” e uma relação equânime entre as partes, já que muitas vezes se verifica um grande desequilíbrio técnico e econômico. De acordo com ADA GRINOVER, sob a perspectiva do seu novo papel em face da configuração constitucional do Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário, como forma de expressão do poder estatal, “deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar numa *neutralização da sua atividade*. Ao contrário, o Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal”.⁴⁰ Tal intervenção judicial constitui, em verdade, tanto um poder quanto um dever constitucional do agente político investido do papel de prestar a

³⁸ MOREIRA, João Batista Gomes. “Poder Judiciário e meio ambiente: um balanço”. In: *Revista Interesse Público*, n. 45, set/out, 2007. Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 27.

³⁹ JUCOVSKY, Vera Lucia R. S. “O papel do Judiciário na proteção do ambiente”. In: MILARÉ, Édís (Coord.) *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 579-580. Conforme destaca a autora, “o Judiciário tem missão peculiar nessa seara, eis que a sociedade nele deposita grande expectativa na solução dos conflitos ambientais, por meio do acesso cada dia mais alargado a essa função estatal, para pleitear a almejada tutela jurisdicional, que necessita ser efetiva e célere, de forma preventiva e/ou reparatória, principalmente para evitar a realização de danos ambientais muitas vezes irreparáveis (p. 589)”.

⁴⁰ GRINOVER, “*Controle de políticas públicas...*”, p. 12.

jurisdição, haja vista o seu compromisso com a efetividade do processo e a tutela do direito fundamental ao ambiente. Da mesma forma, sem que se possa também aqui avançar com a análise, há de se enfatizar o dever dos órgãos judiciais no sentido de interpretar o processo e as técnicas processuais no sentido de sua adequação à tutela ambiental eficaz e constitucionalmente exigida⁴¹.

À vista do exposto e mediante recurso a alguns exemplos extraídos da prática jurisdicional brasileira, com destaque para a atuação dos Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), passaremos a tecer algumas considerações a respeito do papel que vem sendo desempenhado pelo Poder Judiciário no Brasil em prol da tutela ambiental, em especial com o objetivo de identificar de que modo Juízes e Tribunais têm participado do que se poderia designar de uma *governança ambiental*.

3. A PROTEÇÃO DO AMBIENTE NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E OS DEVERES DE PROTEÇÃO SOCIOAMBIENTAL DO PODER JUDICIÁRIO À LUZ DE ALGUNS EXEMPLOS

3.1. O REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS SOCIOAMBIENTAIS E SUA CONSAGRAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO, COM DESTAQUE PARA A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Uma das contribuições do Poder Judiciário para a tutela e promoção dos direitos e deveres socioambientais diz respeito ao reconhecimento de qual a natureza e extensão do regime jurídico-constitucional de tais direitos e deveres, o que pode ser verificado a partir de vários exemplos. Com efeito, levando em conta a controvérsia em torno da definição de direitos fundamentais e de qual o seu efetivo regime jurídico, assume relevo o fato de que tanto a doutrina⁴² quanto a

⁴¹ Sobre o tema, v. especialmente MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 414-416.

⁴² No âmbito da doutrina brasileira, v., entre outros, BENJAMIN, Antônio Herman. "Meio ambiente e Constituição: uma primeira abordagem". In: BENJAMIN, Antônio Herman (Org.) *Anais do 6º Congresso Internacional de Direito Ambiental*. São Paulo: IMESP, 2002, p. 89-101; MORATO LEITE, José Rubens; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial* (teoria e prática). 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010; MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura. *Meio ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004;

jurisprudência⁴³ brasileira convergem no sentido de reconhecer o direito ao ambiente como integrante do rol dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, constante da Carta Magna de 1988, mesmo que a questão ambiental não tenha sido direta e expressamente incluída no elenco dos direitos e deveres fundamentais do Título II da CF88. Considerando o direito ao ambiente no que diz respeito à sua importância elementar para o conjunto dos demais direitos fundamentais (mas, especialmente para a dignidade, a vida e a saúde humanas), verifica-se que a condição de direito e dever fundamental em sentido material está inequivocamente demonstrada e assim tem sido reconhecida também pelos nossos Juízes e Tribunais⁴⁴, de modo geral, invocando o disposto no art. 5º, § 2º, da CF88⁴⁵, que consagra a abertura material do catálogo constitucional de direitos e deveres fundamentais.⁴⁶

De outra parte, apesar de algumas divergências, a posição majoritária, inclusive na esfera do Poder Judiciário, reconhece a inexistência de distinção relevante no que diz com o regime jurídico dos direitos fundamentais, que, em termos gerais, estão

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2003; LEME MACHADO, Paulo Afonso. *Direito ambiental brasileiro*. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 122 e ss.. Mais recentemente, destaca-se a obra de CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (Orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007; e FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁴³ Nesse sentido, destaca-se a decisão do Min. Celso de Mello do STF, em ADI na qual resultou consignado o processo de expansão e reconhecimento de direitos fundamentais até o ponto constitucional de reconhecimento da proteção ambiental, destacando especialmente a titularidade difusa e coletiva (de todos os integrantes dos agrupamentos sociais) dos direitos fundamentais de terceira dimensão (ao lado dos direitos de quarta dimensão, como, por exemplo, o direito à paz) e a consagração do *princípio da solidariedade*. STF, Tribunal Pleno, ADI 3.540-1/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01.09.2005.

⁴⁴ Em sintonia com tal entendimento, cumpre assinalar trechos do voto da Min. Eliana Calmon do STJ no julgamento do REsp 1.120.117/AC sobre a imprescritibilidade do dever de reparação do dano ambiental, onde resultou consignado, por força justamente da “fundamentalidade material” do direito ao ambiente, que a lesão ao patrimônio ambiental “está protegida pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos (...) antecedendo todos os demais direitos, pois sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer (...)”. (STJ, REsp 1.120.117/AC, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 10.11.2009).

⁴⁵ Art. 5º (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁴⁶ Sobre o ponto, v. mais desenvolvimentos em SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 118.

sujeitos ao mesmo conjunto de garantias, independentemente de qual a natureza ou mesmo localização dos direitos no texto constitucional⁴⁷, de tal sorte que ao direito fundamental ao ambiente (e, em termos gerais, ao conjunto dos direitos fundamentais socioambientais) tem sido - em termos gerais e ressalvadas discussões envolvendo normas contidas em alguns dos parágrafos e incisos do art. 225 da CF88 - assegurada a *aplicabilidade direta e imediata* atribuída pela CF88 (art. 5º, § 1º) às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Além disso, o direito fundamental ao ambiente e o conjunto dos princípios e regras que formam o seu *núcleo essencial* encontram-se protegidos contra o poder de reforma constitucional, integrando o elenco das assim chamadas “cláusulas pétreas” (art. 60, § 4º, inc. IV, da CF88), além de uma proteção contra qualquer medida de cunho retrocessivo, no âmbito de uma proibição de retrocesso social⁴⁸, que, no âmbito ambiental, opera como uma *proibição de retrocesso socioambiental* (ou *ecológico*).⁴⁹ O mais importante, para efeito deste estudo, é de que em geral se aceita - e nesse sentido também a relevância do labor da doutrina e jurisprudência - que as normas constitucionais em matéria ambiental possuem eficácia plena⁵⁰, não podendo, em regra, ter sua aplicação integralmente condicionada à prévia regulamentação legal, gerando desde logo posições subjetivas e efeitos objetivos passíveis de uma “judicialização” por meio de todo o rol de ações constitucionais e outros instrumentos de tutela previstos no sistema jurídico-constitucional brasileiro, com destaque para a Ação Civil Pública e a Ação Popular.

Outro exemplo que bem demonstra a importante contribuição do Poder Judiciário, diz respeito ao modo pelo qual se tem ampliado, via interpretação judicial, o elenco de princípios e deveres fundamentais na esfera socioambiental, ainda que não tenham sido expressa e diretamente previstos na CF88. Apenas em caráter ilustrativo, vale colacionar o reconhecimento, pelo nosso Supremo Tribunal Federal, do *dever de solidariedade* que se projeta a partir do direito fundamental ao ambiente, o que implica a existência de um dever de tutela ambiental também por

⁴⁷ SARLET, “A eficácia dos direitos fundamentais...”, p. 114.

⁴⁸ Para maiores desenvolvimentos, v. SARLET, “A eficácia dos direitos fundamentais...”, p. 433 e ss.

⁴⁹ A respeito da *proibição de retrocesso ambiental*, v. MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁵⁰ Nesse sentido, v. ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 7.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 72.

parte da coletividade, designadamente, por parte dos atores privados, e não apenas do Estado.⁵¹

3.2. O CASO DAS “ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE” E DA “RESERVA LEGAL” - LIMITAÇÕES AO DIREITO DE PROPRIEDADE E OS DEVERES FUNDAMENTAIS DE PROTEÇÃO DO AMBIENTE DOS PARTICULARES

A proteção ambiental transporta um conteúdo econômico muito forte, na medida em que muitas vezes a implementação da proteção ambiental ocasiona limitação ao exercício do direito de propriedade, da autonomia privada e mesmo da livre iniciativa. Há, portanto, um conflito entre proteção do ambiente e direito de propriedade. O reconhecimento de uma *função social* e de uma *função ecológica da propriedade*, como fez o constituinte brasileiro de 1988 (art. 5º, XXIII, 170, III e VI, e 186, caput e II), acaba por revelar uma ordem jurídico-econômica vinculada ao dever de um *desenvolvimento sustentável*⁵², onde, para a consecução do objetivo constitucional de tutela do ambiente, o direito de propriedade necessariamente sofrerá limitações. Tal idéia é reforçada inclusive pelo artigo 225 da CF88, ao atribuir não apenas ao Poder Público o dever de proteger o ambiente, mas também aos particulares, o que resulta na configuração de *deveres fundamentais de proteção do ambiente* que limitam e conformam o conteúdo do direito de propriedade (e da posse).

A jurisprudência brasileira⁵³, neste ponto capitaneada pelo Superior Tribunal de Justiça, tem firmado o entendimento de que, independentemente da culpa do proprietário da degradação ambiental constatada em sua propriedade, o mesmo

⁵¹ Está consignado na decisão que a proteção constitucional do ambiente enseja “especial obrigação – que incumbe ao Estado e à própria coletividade – de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações, evitando-se, desse modo, que irrompam, no seio da comunhão social, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao *dever de solidariedade* na proteção da integridade desse bem essencial de uso comum de todos quantos compõem o grupo social”. STF, Tribunal Pleno, ADI 3.540-1/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01.09.2005.

⁵² Sobre o tema do desenvolvimento no marco constitucional brasileiro, v. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 2003; e BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005. E, especialmente sobre o enfoque do *desenvolvimento sustentável*, v. DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁵³ TJSP, AC 4026465/7, Seção de Direito Público, Câmara Especial do Meio Ambiente, Rel. Des. Renato Nalini, j. 29.06.2006.

tem a obrigação, de natureza *propter rem*, de repará-lo, assim como não cabe direito à indenização por conta de restrições ao direito de propriedade decorrentes de um regime especial de proteção ambiental. Como exemplo de condutas positivas a serem impostas ao proprietário pela ordem jurídica, vislumbra-se a recomposição do ambiente e o reflorestamento de áreas nativas degradadas, quando sobre a propriedade incide alguma determinação legal por integrar *unidade de conservação*⁵⁴, *área de preservação permanente*⁵⁵ ou *reserva legal*⁵⁶. No caso, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a reserva legal e a área de preservação permanente “não podem ser objeto de exploração econômica”, havendo a responsabilidade objetiva do proprietário, independentemente de culpa, de recuperar a área degradada, mesmo na hipótese de haver adquirido propriedade já com área de preservação permanente ou reserva legal degradada.⁵⁷ A jurisprudência do STJ, conforme se pode inferir das decisões arroladas, em que pese a sua notável evolução no sentido de reconhecer medidas de natureza positiva atribuídas ao titular ou possuidor de determinado imóvel, está, nesse ponto, ainda atrelada a uma compreensão civilista (e não constitucionalista) do direito de propriedade, na medida em que tem entendido que a reserva legal e a área de preservação permanente caracterizam hipótese de uma obrigação civil de natureza *propter rem*, e não propriamente um dever fundamental de proteção ambiental dos particulares proprietários ou possuidores de determinado bem, fundado na CF88. Tal dever constitucional-fundamental corresponde a uma das funções conexas ao direito fundamental ao ambiente, condicionando e limitando a amplitude de outro direito fundamental (no caso, o direito de propriedade) e fazendo prevalecer a perspectiva objetiva da proteção do ambiente sobre a perspectiva subjetiva do direito de propriedade, sem, contudo, afetar, pelo menos em princípio, o seu núcleo essencial. De qualquer modo, há que reconhecer que a fundamentação utilizada pelo STJ constitui uma construção engenhosa e uma

⁵⁴ Lei 9.985/2000, que regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII, da CF88.

⁵⁵ Art. 1º, § 2º, II, da Lei 4.771/65 (Código Florestal Brasileiro).

⁵⁶ Art. 1º, § 2º, III, da Lei 4.771/65 (Código Florestal Brasileiro).

⁵⁷ STJ, REsp 343741/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, j. 07.10.2002. No mesmo sentido, há reiteradas decisões: REsp 263.383/PR, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 16.06.2005; REsp 237690/MS, 2ª Turma, Rel. Min. Paulo Almeida, j. 12.03.2002; REsp 282781/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, j. 16.04.2002; REsp 650.728/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 23.10.2007; e REsp. 948.921/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 23.10.2007.

forma bastante difundida de litigância em prol dos direitos e deveres fundamentais socioambientais, visto que em muitos casos se revelou mais eficiente utilizar recursos mais tradicionais do que investir diretamente nos fundamentos constitucionais.

Vale enfatizar, ainda, que na medida em que ao proprietário é imposta a restauração da área constitutiva da reserva legal e da área de preservação permanente, não obstante o seu direito regressivo em face de quem ocasionou a degradação da cobertura vegetal, está sendo reconhecida a possibilidade de dar eficácia também à dimensão prestacional (positiva) do dever fundamental de proteção ambiental, deduzindo obrigações de fazer (por exemplo, dever de reparação do dano ambiental causado, etc.) e não apenas assegurando uma tutela do tipo negativa, que se limita a proteger o bem jurídico tutelado contra intervenções indevidas, como, por exemplo, impedindo atividades poluidoras. Na ponderação dos interesses em jogo, o STJ fez preponderar a proteção do ambiente, limitando o exercício do direito de propriedade, no intuito de modelá-lo à luz da sua função ecológica e dos deveres fundamentais de proteção ambiental conferidos constitucionalmente ao seu titular. Tal postura do Poder Judiciário brasileiro, a partir da incorporação da idéia de governança ambiental, dá contornos normativos extremamente importantes ao exercício do direito de propriedade, combatendo a perspectiva liberal-individualista agressora do ambiente, de modo a concretizar o objetivo constitucional de um *desenvolvimento sustentável*.

3.3. A QUESTÃO DA “INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA” EM PROCESSOS JUDICIAIS – UMA QUESTÃO DE “PARIDADE DE ARMAS” ENTRE OS LITIGANTES NAS AÇÕES COLETIVAS AMBIENTAIS

A inversão do ônus da prova tem sido defendida pela doutrina como uma “função” do princípio da precaução⁵⁸, ressaltando um forte conteúdo de justiça distributiva

⁵⁸ A matriz constitucional do princípio da precaução está contida no art. 225, § 1º, IV, que impõe o estudo prévio de impacto ambiental para a “instalação de obra ou atividade *potencialmente* causadora de significativa degradação do meio ambiente”, ditando a cautela jurídica que deve reger as atividades enquadradas num quadro de incerteza científica quanto a possíveis danos e riscos que possam causar ao ambiente, mesmo que potenciais. Mais recentemente, a nova Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005) veio a regular a matéria relativa à biossegurança, com especial destaque para os organismos geneticamente modificados (transgênicos), consagrando de forma

consubstanciada no seu conteúdo normativo. Por tal prisma, especialmente quando em causa a tutela ambiental, a inversão do ônus probatório permite um equilíbrio de fato, tanto nas relações entre particular e Estado como também nas relações entre particulares, tendo em vista que, muitas vezes, estar-se-á diante de uma relação desigual em termos de poder social, econômico, técnico, político, etc., geralmente exercido pelo ator privado ou ente estatal empreendedor de atividades lesivas ou potencialmente lesivas ao ambiente. A inversão do ônus probatório, como ensina GOMES, contribui para um equilíbrio de fato entre as partes nos processos judiciais (e também nos procedimentos extrajudiciais) que envolvam questões ambientais, já que normalmente é quem dispõe de maiores condições de realização da prova que fica isento de produzi-la, condenando ao insucesso um grande número de processos, por óbvia carência de meios econômicos das partes que são obrigadas a provar o risco de lesão.⁵⁹ No mesmo sentido, MARCHESAN e STEIGLEDER destacam que “o empreendedor tem o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento não apenas quando do licenciamento, mas também – e principalmente – quando já existem indícios de que o dano ocorreu ou está na iminência de se manifestar. Por conseguinte, o empreendedor possui o dever de provar que sua atividade não tem potencialidade de causar danos ambientais, de sorte que, se ajuizada ação civil pública contra ele, terá o ônus de provar que sua atividade não produziu o dano e sequer tinha a possibilidade de causá-lo, porquanto todas as medidas preventivas haviam sido adotadas”.⁶⁰ E mais, aplicado tal entendimento à hipótese de controle judicial de políticas públicas, conforme pontua ADA GRINOVER, “não será suficiente a alegação, pelo Poder Público, de falta de recursos. Esta deverá ser provada, pela própria Administração, vigorando nesse campo quer a regra da inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC), aplicável por analogia, quer a regra da distribuição dinâmica do ônus da prova, que

expressa o *princípio da precaução* no seu art. 1º, *caput*, para fins de tutela da vida e da saúde humana, animal e vegetal, bem como da proteção ambiental.

⁵⁹ GOMES, Carla Amado. *A prevenção à prova no direito do ambiente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 38.

⁶⁰ MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro. “Fundamentos jurídicos para a inversão do ônus da prova nas ações civis públicas por danos ambientais”. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Org.). *Anais do 6º Congresso Internacional de Direito Ambiental*. São Paulo: IMESP, 2002, p. 332.

flexibiliza o art. 33 CPC, para atribuir a carga da prova à parte que estiver mais próxima dos fatos e tiver mais facilidade de prová-los”.⁶¹

Considerando os elementos teóricos lançados acima, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão recente⁶², admitiu a inversão do ônus probatório em ação civil pública de natureza ambiental, considerando a relação interdisciplinar entre as normas de proteção ao consumidor e as de proteção ambiental, bem como o caráter público e coletivo do bem jurídico tutelado (e não a hipossuficiência do autor da demanda em relação ao réu). Tal interpretação formulada pelo Tribunal determinou, ao admitir não só a extensão das regras de proteção do consumidor para a tutela ecológica, mas também que a aplicação do princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, que “compete a quem se imputa a pecha de ser, supostamente, o promotor do dano ambiental a comprovação de que não o causou ou de que não é potencialmente lesiva a substância lançada no ambiente”. Resultou ainda consignado na decisão que “a perícia é sempre necessária quando a prova do fato depender de conhecimento técnico e se recomenda ainda mais na seara ambiental, visto a complexidade do bioma”. O STJ, ao admitir a inversão do ônus da prova em matéria ambiental, consolidou entendimento extremamente relevante para a resolução de pleitos coletivos que envolvam matéria ambiental. Tal entendimento pode ser traduzido até mesmo como um incentivo a que atores privados - notadamente indivíduos e organizações não-governamentais voltadas à tutela ecológica, que possuem maior receio de ingressar em juízo por falta de recursos técnicos e econômicos - compareçam, com maior frequência e de forma direta, ao Poder Judiciário, independentemente da intermediação de entes públicos, como é o caso do Ministério Público e da Defensoria Pública. O fortalecimento da atuação da sociedade civil em prol da tutela ecológica seria de todo desejável do ponto de vista democrático e de efetividade da legislação ambiental.

⁶¹ GRINOVER, “*Controle de políticas públicas...*”, p. 20.

⁶² STJ, [REsp 1.060.753/SP](#), 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 01.12.2009. Precedente citado: REsp 1.049.822-RS. No mesmo sentido, inclusive com referência expressa à incidência do princípio da precaução, v. STJ, REsp 972.902-RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 25.08.2009.

Na mesma perspectiva, merece destaque também decisão – de certo modo pioneira - do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul⁶³ em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público que determinou a inversão do ônus da prova, através da incidência normativa dos princípios da precaução e do poluidor pagador, incumbindo, de forma solidária, o Município e a empresa empreendedora de atividade potencialmente lesiva ao ambiente de comprovarem a regularidade do sistema de recepção do esgoto do empreendimento levado a cabo pela ré, bem como que ele não gera degradação ambiental. O *dever de proteção* ambiental incide em face do Município para fundamentar a inversão do ônus probatório, ao passo que, diante do particular, incide a *eficácia entre particulares do direito fundamental ao ambiente* – além do *dever fundamental de proteção do ambiente* - para justificar tal medida. A decisão gaúcha, da mesma forma como preconizado pelo julgado do STJ, consignou ainda a incidência do art. 6, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, não se limitando a aplicação dos institutos processuais do CDC apenas àquelas constantes do Título III, conforme dispõem os art. 90 do CDC e art. 21 da Lei 9.347/85. No mesmo sentido, é o entendimento de MARCHESAN e STEIGLEDER, que defendem a nova função da responsabilidade civil, com a atenuação do nexo causal em matéria ambiental, sob a influência normativa dos princípios da precaução, da prevenção e do poluidor-pagador, o que permite a aplicação analógica do art. 6º, VIII, do CDC.⁶⁴ Dessa forma, a decisão privilegiou o direito fundamental ao ambiente, contemplando uma interpretação sistemática do instituto da inversão do ônus da prova e do Direito como um todo, bem como reforçou o papel de “guardião” dos direitos fundamentais conferido ao Estado, e especialmente ao Poder Judiciário.⁶⁵

⁶³ TJRS, AI 70015155823, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Rogério Gesta Leal, 10.08.2006. Há também outras decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no mesmo sentido: AI 70015025562, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. João Carlos Branco Cardoso, j. 19.07.2006; AI 70012393203, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. João Carlos Branco Cardoso, 11.01.2006; AI 70011843224, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Roberto Caníbal, j. 09.11.2005; AI 70011512522, 19ª Câmara Cível, Rel. Des. Mário José Gomes Pereira, j. 23.08.2005; ED 70002338473, Rel. Des. Wellington Pacheco de Barros, j. 04.04.2001.

⁶⁴ MARCHESAN; STEIGLEDER, “*Fundamentos jurídicos para a inversão...*”, p. 340.

⁶⁵ Nessa perspectiva, MARINONI pontua que a “obrigação de compreender as normas processuais a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional e, assim, considerando as várias necessidades de direito substancial, dá ao juiz o poder-dever de encontrar a técnica processual idônea à proteção (ou à tutela) do direito material”. MARINONI, Luiz Guilherme. “A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva”. Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br/admin/users/29.pdf>. Acesso em: 04 de abril de 2010.

No âmbito das ações civis públicas ambientais, o Juiz deve assumir postura mais participativa, de modo a relativizar o princípio do impulso oficial, em virtude da relevância social do tema, bem como por se tratar, na grande maioria das vezes, de pleito que envolve direito indisponível, o que repercute, inclusive, na produção de provas, justificando a possibilidade de inversão do ônus probatório em tais pleitos, de modo a privilegiar a “paridade de armas” e uma relação equânime entre as partes, já que muitas vezes se verifica um grande desequilíbrio técnico e econômico.⁶⁶ Tal intervenção judicial trata-se, em verdade, não de um “poder”, mas sim de um “dever” constitucional do agente político investido do papel de prestar a jurisdição, haja vista o seu compromisso com a efetividade do processo e a tutela ecológica. Com efeito, tendo em conta que dentre os meios de o Estado cumprir com os seus deveres de proteção está o de criar procedimentos e técnicas adequadas à tutela eficiente dos direitos, cabendo ao Poder Judiciário, o papel de interpretar a legislação processual de um modo compatível com as exigências da proteção suficiente, mediante o recurso, dentre outros, à técnica da interpretação conforme a Constituição, ou mesmo declarando a inconstitucionalidade da legislação processual, crescem, nesse contexto, os poderes (mas também a responsabilidade!) dos Juízes. Tal, felizmente, parece ter sido a atitude do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul nos julgados comentados.

3.4. O PROBLEMA DA CRUELDade CONTRA OS ANIMAIS - A TUTELA CONSTITUCIONAL DO BEM-ESTAR DOS ANIMAIS E DA DIGNIDADE DA VIDA

A CF88, no seu art. 225, § 1º, VII, enuncia de forma expressa a vedação de práticas que “provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade”, o que sinaliza para o reconhecimento, por parte do constituinte, do valor inerente a outras formas de vida não-humanas, protegendo-as, inclusive, contra a ação humana, o que revela que não se está buscando proteger (ao menos diretamente e em todos os casos) apenas o ser humano. É difícil de conceber que o constituinte,

⁶⁶ Sobre a distribuição equânime do ônus da prova na perspectiva processual-ambiental, v. SARAIVA NETO, Pery. *A prova na jurisdição ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, especialmente p. 135 e ss.

ao proteger a vida e o bem-estar de espécies naturais, estivesse a promover unicamente a proteção de algum valor instrumental de espécies naturais; pelo contrário, deixou transparecer uma tutela da vida em geral que assume nitidamente uma feição não meramente instrumental em relação ao ser humano, mas numa perspectiva concorrente e interdependente. Especialmente no que diz com a vedação de práticas cruéis contra os animais, o constituinte revela de forma clara a sua preocupação com o bem-estar dos animais não-humanos e a refutação de uma visão meramente instrumental da vida animal. A CF88 também traz de forma expressa no mesmo dispositivo a tutela da *função ecológica da flora e da fauna*, o que dá a dimensão de sistema ou ecossistema ambiental, no sentido de contemplar a proteção integrada dos recursos naturais.

Na jurisprudência brasileira, a vedação de práticas cruéis contra a vida animal tem encontrado amparo no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que decidiu, respectivamente, pela inconstitucionalidade de lei estadual que autorizava a prática da “farra do boi”⁶⁷ no Estado de Santa Catarina, bem como pela inconstitucionalidade da lei do Estado do Rio de Janeiro que regulamentava a “briga de galo”⁶⁸, fundamentando ambas as decisões na previsão constitucional do art. 225, § 1º, VII, o qual dispõe sobre o dever do Estado de “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”. O STF – todavia sem se posicionar sobre a atribuição de direitos aos animais ou outras formas de vida não-humanas - reconhece a vida animal como um fim em si mesmo, de modo a superar o antropocentrismo (pelo menos na sua

⁶⁷ A “Farra do Boi” é uma manifestação cultural, oriunda das ilhas dos Açores, onde um boi é solto pelas ruas da cidade e perseguido por populares até o momento final em que é sacrificado. Na decisão, o STF analisou o caso à luz do princípio da proporcionalidade e ponderou o direito à manifestação cultural das comunidades catarinenses e a crueldade contra os animais inerente à “farra do boi”, vedando a referida prática e protegendo a integridade física e o bem-estar dos animais. Na decisão do STF sobre a prática da “farra do boi” no Estado de Santa Catarina, o Min. Rel. Francisco Rezek, ao reconhecer que tal prática é abertamente violenta e cruel para com os animais, estando, portanto, em desacordo com a CF88, afirmou que “manifestações culturais são as práticas existentes em outras partes do país, que também envolvem bois submetidos à farra do público, mas de pano, de madeira, de ‘papier maché’; não seres vivos, dotados de sensibilidade e preservados pela Constituição da República contra esse gênero de comportamento” (STF, RE 153.531-8-SC, Rel. Min. Francisco Rezek, j. 03.06.97).

⁶⁸ STF, Pleno, ADI 1.856-6-RJ, Medida Liminar, Rel. Min. Carlos Veloso, decisão unânime, Diário da Justiça, Seção I, 22.09.2000, p. 69). Mai recentemente, o STF voltou a enfrentar a questão no julgamento da ADI 2.514-7/SC e da ADI 3776-RN.

versão mais exacerbada) e o racionalismo de inspiração iluminista, admitindo uma dignidade (um valor intrínseco!) também para a vida não humana⁶⁹. De qualquer sorte, impõe-se sempre a mediação da discussão pelo projeto normativo da CF88, que nesse particular consignou de forma clara a posição preferencial da tutela da fauna, ainda mais em face de atividades não imprescindíveis à satisfação de outros bens fundamentais.⁷⁰ Por fim, evidencia-se a complexidade das questões postas pelo tema ora versado e a conseqüente necessidade de uma postura pautada pela prudência e bom senso. A atuação judicial no sentido de assegurar o bem-estar não apenas do ser humano, mas também dos animais, capta, a partir da norma do art. 225 da CF88, os novos valores ecológicos pregados pelos movimentos de defesa dos animais.

3.5. O CASO DO “SANEAMENTO AMBIENTAL” – A GARANTIA DE UMA QUALIDADE MÍNIMA DE VIDA EM MATÉRIA SOCIOAMBIENTAL

Outro exemplo importante que indica uma forma de *governança judicial* em matéria ecológica colacionado da jurisprudência, especialmente do Superior Tribunal de Justiça, diz respeito à questão do saneamento básico, que permeia tanto a tutela dos direitos sociais quanto da proteção do ambiente. É justamente aqui que reside um dos pontos mais polêmico em relação à atuação do Poder Judiciário, pois a sua intervenção visa justamente corrigir omissões estatais, especialmente do Poder Executivo. O STJ, de modo a reformar o seu entendimento

⁶⁹Sobre o tema, v. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 34-35; e, mais recentemente, juntamente com outros artigos da mesma coletânea, SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, Tiago. “Algumas notas sobre a dignidade da pessoa humana e a dignidade da vida em geral: uma convivência possível e necessária”. In: MOLINARO, Carlos Alberto; MEDEIROS, Fernanda L. F.; SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, Tiago (Orgs.) *A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma discussão necessária*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 175-205.

⁷⁰ Há uma crescente discussão sobre a proteção dos animais e da vida em termos gerais no cenário jurídico-constitucional brasileiro, inclusive com um aumento significativo de intervenções judiciais na matéria. Como exemplo, pode-se destacar a proibição da caça amadora no Estado do Rio Grande do Sul (Processo nº 2004.71.00.021481-2, junto à Vara Federal Ambiental da Circunscrição Judiciária de Porto Alegre), bem como, mais recentemente, a decisão judicial (Processo nº 2007.71.00.019882-0, também junto à Vara Federal Ambiental de Porto Alegre) que reconheceu o direito à objeção de consciência em favor de estudante de Biologia da Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul que se negava a participar das aulas práticas com o uso de animais, obrigando a instituição a oferecer ao aluno aulas práticas alternativas àquelas com animais.

mais restritivo sobre o controle judicial dos atos administrativos em matéria ambiental esboçado em julgados anteriores⁷¹, tem sinalizado, cada vez mais, no sentido de admitir a “fiscalização” da esfera de discricionariedade da Administração Pública em tais situações. Assim, no julgamento do REsp 429.570-GO, em 11.11.2003, a 2ª Turma do STJ, com relatoria da Min. ELIANA CALMON, entendeu, de modo emblemático, em Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público, ser possível impor à Administração Pública a realização de obra de recuperação do solo imprescindível à proteção ambiental, destacando a possibilidade do controle judicial da própria conveniência e oportunidade do ato administrativo discricionário, já que suas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade, além de guardarem sintonia com os parâmetros materiais estabelecidos pelos princípios e regras constitucionais.⁷²

No mesmo sentido, tratando agora da questão do saneamento básico (ou ambiental), a 1ª Turma do STJ, no julgamento do REsp 575.998, de relatoria do Min. LUIZ FUX⁷³, em sede de Ação Civil Pública, manifestou-se sobre a possibilidade de controle judicial em razão da prestação descontinuada de coleta de lixo (serviço essencial) levada a cabo pela Administração. No julgado, entendeu-se que tal omissão administrativa acarretou prejuízo ao direito fundamental à saúde, ao ambiente e à dignidade humana, bem como que “não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados constitucionalmente”, sendo, portanto, possível o controle judicial da discricionariedade administrativa em face do descumprimento de um dever de proteção do Estado estampado na CF88. Conforme sugerido na decisão, é necessário que os direitos fundamentais sejam trazidos do plano das “promessas constitucionais” para o “mundo da vida”,

⁷¹ STJ, AGA 138901-GO, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, j. 15.09.97; e REsp 169876-SP, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, j. 16.06.98.

⁷² STJ, REsp 429.570-GO, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 11.11.2003.

⁷³ Na decisão, resultou consignado que a coleta de lixo constitui serviço essencial, imprescindível à manutenção da saúde pública, sendo a sua interrupção, ou ainda, a sua prestação de forma descontinuada, afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana. Ressaltou ainda que, em função do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo a ação civil pública instrumento legítimo para a tutela de direitos transindividuais. Da mesma forma, não haveria afronta ao princípio da separação de poderes, uma vez que “no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu”. Dessa forma, o Poder Judiciário nada mais fez do que determinar a realização prática da promessa constitucional. (STJ, REsp 575.998-MG, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 07.10.2004).

considerando a dimensão vinculante das normas constitucionais e o reconhecimento de direitos subjetivos, superando a vetusta noção de que as normas de cunho programático seriam meras diretrizes políticas destituídas de aplicabilidade e eficácia a não ser na medida em que regulamentadas por lei. Assim, quando em causa conteúdo inerente ao núcleo do direito fundamental à proteção do ambiente – como ocorre nitidamente na hipótese do saneamento ambiental, por força da incidência da garantia do *mínimo existencial socioambiental* -, a tendência é no sentido de a jurisprudência reconhecer uma posição jurídica subjetiva para os titulares do direito afetado, ou mesmo para as instituições estatais legitimadas a tutelar tais direitos (Ministério Público e Defensoria Pública) para atuarem em sua defesa.

Ainda sobre a questão, registra-se julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul⁷⁴, que aponta com clareza para a configuração de um núcleo protetivo mínimo comum entre os direitos sociais (no caso em questão, mais especificamente o direito à saúde) e a proteção do ambiente, especialmente naquilo em que está em causa a própria dignidade humana, tal como registrado na decisão. Segundo o TJRS, o dever de garantir infra-estrutura digna aos moradores do loteamento em questão é do Município, pois o mesmo deixou de providenciar a rede de esgoto cloacal no local, circunstância que afetou o ambiente, comprometeu a saúde pública e violou a dignidade da pessoa humana. O direito fundamental ao *mínimo existencial socioambiental*, conforme se pode apreender de tal decisão, apresenta-se como o conjunto de medidas mínimas, tanto de natureza defensiva quanto prestacional, em termos de qualidade ambiental, indispensáveis ao desfrute de uma vida humana digna e saudável (das presentes e futuras gerações). Outro exemplo similar, decidido pela Câmara Especial de Meio Ambiente da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consolidou entendimento de que rede de esgoto local a lançar efluentes em cursos d'água sem prévio tratamento ofende o direito fundamental ao ambiente consagrado no art.

⁷⁴ TJRS, AC 70011759842, Rel. Des. Nelson Antônio Monteiro Pacheco, j. 01.12.2005. No mesmo sentido, a decisão da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, em caso similar, dispôs ser possível a concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, independentemente de previsão orçamentária prévia, para a implementação de projeto de saneamento, tendo em conta a prevalência dos direitos fundamentais ao ambiente e à saúde pública (AI 70012091278, Rel. Des. Arno Werlang, j. 25.01.2006).

225 da CF88. De igual maneira, entendeu-se na decisão que a alegada ofensa à discricionariedade da Administração não tem força para afastar a intervenção do Poder Judiciário, dada a garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, impondo-se a condenação do Município a providenciar estação de tratamento de esgoto.⁷⁵

No exemplo do saneamento ambiental básico, deve-se ter em conta que o Poder Judiciário, ao contrário da crítica que costumeiramente lhe é dirigida, não está propriamente criando uma política pública, mas apenas impondo as políticas públicas já previstas e ordenadas pela Constituição e pela legislação infraconstitucional.⁷⁶ A hipótese do *saneamento básico* delinea uma ponte normativa entre o mínimo existencial social e a proteção ambiental, configurando o *mínimo existencial socioambiental*. A partir de tal exemplo, é possível visualizar, de forma paradigmática, a convergência entre os direitos fundamentais sociais (especialmente saúde, alimentação, água potável e moradia) e o direito fundamental ao ambiente, conjugando seus conteúdos normativos para a realização de uma *vida humana digna e saudável*. O saneamento básico⁷⁷ diz respeito ao serviço de água e saneamento prestado pelo Estado ou empresa concessionária do serviço público aos integrantes de determinada comunidade, especialmente no que tange ao “abastecimento de água potável”, ao “esgotamento sanitário”, à “limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos” e à “drenagem e manejo das águas pluviais urbanas”.⁷⁸ Sobre o tema, destaca-se a Lei 11.445 (Lei da

⁷⁵ TJSP, AC 363.851.5/0, Seção de Direito Público, Câmara Especial de Meio Ambiente, Rel. Des. José G. de Jacobina Rabello, j. 12.07.2007.

⁷⁶ KRELL, Andréas J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 85. No mesmo sentido, v. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 108.

⁷⁷ Sobre o tema, v. DEMOLINER, Karine. *Água e saneamento básico: regimes jurídicos e marcos regulatórios no ordenamento brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁷⁸ O novo marco regulatório do saneamento básico estabelecido na Lei 11.445/07 delinea o conceito de saneamento básico (art. 3º, I) como o conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de: a) *abastecimento de água potável*, constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de mediação; b) *esgotamento sanitário*, constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente; c) *limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos*, como conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas; d) *drenagem e manejo das águas pluviais urbanas*, como conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte,

Política Nacional de Saneamento Básico), de 5 de janeiro de 2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico. O diploma legislativo em questão traz, entre os princípios fundamentais dos serviços públicos de saneamento básico, a articulação das políticas públicas de habitação, de combate e erradicação da pobreza, de promoção da saúde e de proteção ambiental, revelando justamente uma visão integrada entre os direitos sociais básicos e a proteção ambiental. O Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01) também veicula o direito ao *saneamento ambiental*, quando estabelece os contornos do *direito à cidade sustentável*, que inclui os direitos à moradia, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho, ao lazer, destacando-se que tais direitos são reconhecidos e protegidos para as presentes e futuras gerações (art. 2º, I).

Assim, toda vez que a Administração atua de forma negativa, abstendo-se de adotar um comportamento que lhe é imposto pela Constituição ou pela Lei, há margem para que sua atuação insuficiente (por força da proibição de insuficiência de proteção derivada do princípio da proporcionalidade) ou omissão seja questionada e corrigida através da via jurisdicional, inclusive mediante a imposição à Administração de ações concretas destinadas a assegurar um patamar mínimo de qualidade ambiental. Nesse contexto, é mesmo possível, de acordo com o que já tem sido sustentado por importante doutrina, reconhecer que também em matéria ambiental existe um núcleo essencial a ser preservado, protegido e assegurado mesmo positivamente. A garantia e direito a um mínimo existencial, que, no campo ambiental, tem sido designado de *mínimo existencial socioambiental*⁷⁹, não pode estar pura e simplesmente condicionado à regulamentação legal prévia para gerar posições subjetivas exigíveis e deveres de proteção vinculantes. Também aqui se aplica a noção de um conjunto de direitos subjetivos originários e definitivos, que poderão prevalecer mesmo em face de outros princípios e direitos fundamentais, a depender das circunstâncias, ainda mais naquilo que se cuida de manifestações concretas da dignidade da pessoa humana e mesmo da dignidade da vida em geral. Em termos gerais, tal formulação,

detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas.

⁷⁹ Para maiores desenvolvimentos sobre o tema, v. FENSTERSEIFER, “Direitos fundamentais e proteção do ambiente...”, p. 264-294.

que tem encontrado crescente acolhida por parte do Poder Judiciário, corresponde, em linhas gerais, à proposta formulada por ALEXY, que, tomando por base a ponderação dos princípios em colisão, sustenta a existência de um direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática (para nós o princípio da dignidade da pessoa humana ocuparia tal lugar) tenha um peso maior do que os princípios formais e materiais tomados em seu conjunto (em especial, o *princípio democrático* e o *princípio da separação de poderes*), o que ocorre no caso dos direitos sociais mínimos (ou seja, do mínimo existencial)⁸⁰. Ao Poder Judiciário, igualmente vinculado aos deveres de proteção, incumbe, ainda mais no contexto de um sistema que assegura a inafastabilidade do exame de qualquer ameaça ou lesão a direito pelos Juízes e Tribunais, apreciar a questão seja na hipótese de ação, seja nos casos de omissão por parte dos demais poderes públicos ou violações oriundas de particulares⁸¹.

Ao se entender como possível a exigibilidade de prestações básicas na área ambiental em face do Estado, acaba por ter de se enfrentar também um dos aspectos mais problemáticos da *justiciabilidade* dos direitos fundamentais em geral, naquilo que geram posições do tipo positivo. Com efeito, a exemplo da discussão que de há muito se estabeleceu em relação aos direitos sociais prestacionais, cuida-se, aqui também, na perspectiva integrada e ampliada (e por isso mesmo ainda mais complexa) dos direitos socioambientais, de aspecto vinculado à problemática mais ampla do assim chamado custo dos direitos e da possibilidade de superação das objeções que dizem respeito às limitações financeiras e orçamentárias que acabam obstaculizando a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente quando se trata de prestações materiais (sem prejuízo do delicado problema da exigibilidade judicial de prestações de caráter organizacional e procedimental, ou outras prestações de cunho normativo⁸²) por

⁸⁰ ALEXY, “*Teoria dos direitos fundamentais...*”, p. 517. Sobre o mínimo existencial no direito constitucional brasileiro, v. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2008; TORRES, Ricardo Lobo. “A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 11-46; e SARLET, “*A eficácia dos direitos fundamentais...*”, p. 299 e ss.

⁸¹ MARINONI, “*Teoria geral do processo...*”, p. 206.

⁸² Sobre o controle judicial das omissões, v., na literatura brasileira, dentre outros e considerando apenas a produção monográfica, PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*.

parte do poder público⁸³. Sendo impossível desenvolver aqui esta questão, em virtude de sua amplitude e complexidade, aderimos à posição doutrinária e jurisprudencial que atualmente parece prevalecer no Brasil, de acordo com a qual no âmbito das prestações materiais mínimas, também no que diz com a preservação do ambiente natural, para além dos demais direitos socioambientais, as restrições orçamentárias não devem – de acordo inclusive com expressiva jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal⁸⁴ - servir de barreira intransponível, impedindo a imposição de medidas ao poder público, de tal sorte que apenas a exigibilidade (e o correspondente dever de prestação) de bens e serviços em matéria ambiental que não integram o conteúdo do *mínimo existencial socioambiental* ou do *núcleo essencial do direito fundamental ao ambiente*⁸⁵ poderão ser condicionadas a uma lógica de progressiva implementação, na dependência, portanto, de uma prévia projeção e regulamentação orçamentária.

2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; CUNHA JÚNIO, Dirley da. Controle Judicial das Omissões do Poder Público, São Paulo: Saraiva, 2004. ROTHENBURG, Walter Claudius. Inconstitucionalidade por Omissão e Troca de Sujeito, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, bem como, por último, NETO, Eurico Bitencourt, Mandado de Injunção na Tutela de Direitos Sociais, Salvador: Editora Podivm, 2009.

⁸³ Sobre o tema, v. SARLET, “*A eficácia dos direitos fundamentais...*”, p. 284 e ss., bem como SARLET, Ingo W.; TIMM, Luciano B. (Orgs.) *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Na hipótese de comprovada insuficiência de recursos para a adoção de determinada medida, conforme assevera ADA GRINOVER, o Poder Judiciário “determinará ao Poder Público que faça constar da próxima proposta orçamentária a verba necessária à implementação da política pública”. GRINOVER, “*Controle de políticas públicas...*”, p. 20.

⁸⁴ Quanto à limitação orçamentária e sua superação pelo mínimo existencial, pode-se destacar, especialmente na área dos direitos fundamentais sociais (saúde e educação), inclusive admitindo o bloqueio judicial de recursos públicos, as seguintes decisões: STF, RE-AgR 393175/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12.12.2006 (direito à saúde); STF, RE-AgR 410715/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22.11.2005 (direito à educação); STF, ADPF n. 45-DF, STF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.04.2004, Informativo 345 do STF (direito à educação); STF, RE 482611/SC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23.03.2010 (direito das crianças e adolescentes); STJ, REsp 861.262-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 05.09.2006 (direito à saúde); STJ, REsp 811.608-RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 15.05.2007 (direito à saúde).

⁸⁵ Registra-se aqui que não é somente na hipótese do mínimo existencial socioambiental que se originam posições jurídicas subjetivas justiciáveis em face do Estado ou de particulares, podendo tal situação também ser vislumbrada em outras manifestações normativas do direito fundamental ao ambiente, uma vez que não há correspondência exata entre o mínimo existencial socioambiental e o núcleo essencial do direito fundamental ao ambiente. Ambos têm âmbitos de proteção autônomos, em que pese haver identidade entre algumas das posições jurídicas subjetivas deles decorrentes. A respeito da distinção entre núcleo essencial dos direitos fundamentais e o seu conteúdo em dignidade da pessoa humana (mínimo existencial) v., na doutrina brasileira, SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Por outro lado, resulta evidente que não se está aqui pretendendo desconsiderar que mesmo no campo das prestações vinculadas ao mínimo existencial socioambiental o impacto econômico e outros obstáculos de ordem material (técnica, por exemplo) não possam, em maior ou menor medida, ser relevantes a ponto de interferir na efetividade das decisões judiciais e, portanto, da possibilidade de utilização da via judicial para este efeito, mas que a objeção da assim chamada reserva do possível e outros argumentos correlatos, não pode servir de barreira leviana e por vezes irresponsável para a atuação judicial na seara dos direitos e deveres socioambientais. Nesse sentido, vale colacionar recente decisão do STJ, que, embora não diretamente relacionada ao tema da proteção ambiental, dialoga com a perspectiva mais ampliada do socioambiental (no caso, o direito em causa era o direito à educação), no sentido de que “a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social”. Na mesma decisão, em sintonia com a reflexão a respeito da necessidade de uma perspectiva socioambiental para o conceito de mínimo existencial, resultou consignado na fundamentação da decisão ora citada que “o mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na ‘vida’ social”.⁸⁶ Nesta perspectiva, sem que aqui se vá aprofundar a questão, registra-se crescente consenso no sentido de que a qualidade, o equilíbrio e a segurança ambiental apresentam-se como elementos indispensáveis ao desfrute de uma vida digna e saudável, de modo a assegurar condições de inserção político-social por parte do indivíduo e dos grupos sociais integrantes da nossa comunidade estatal.

⁸⁶ STJ, REsp 1.185.474/SC, Rel. Min. Humberto Martins, j. 20.04.2010.

3.6. O CASO DA “IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS” – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O Supremo Tribunal Federal foi palco de importante decisão em matéria ambiental envolvendo a importação de pneus usados no âmbito da Argüição de Descumprimento Preceito Fundamental n. 101 (doravante referida como ADPF-101). A Ministra CÁRMEN LÚCIA, relatora da ação constitucional em questão, em longo voto, deu procedência parcial ao pedido formulado⁸⁷, entendendo serem constitucionalmente válidas as portarias do Departamento de Operações de Comércio Exterior – DECEX e da Secretaria de Comércio Exterior – SECEX, assim como as resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA que obstam a importação de pneus usados. O seu voto foi proferido no sentido da inconstitucionalidade das interpretações, inclusive as judiciais, que, afastando a aplicação daqueles atos, permitiam a importação de pneus usados de qualquer espécie, ressalvadas as importações provenientes dos Países do MERCOSUL. Na decisão do Plenário do STF, reconheceu-se a constitucionalidade da legislação que proíbe a importação de pneus usados, na mesma medida em que, na via transversa, se entendeu que a importação de pneus usados viola a proteção constitucional conferida ao ambiente. Vale registrar que tal ação ensejou a realização de audiência pública – por sinal, a primeira realizada pelo STF em matéria ambiental! -, a qual contou com a participação de inúmeras entidades, democratizando o debate e permitindo a participação das partes interessadas, em sintonia com o ideal de democratização do Poder Judiciário.

Os prejuízos trazidos à saúde pública e à proteção do ambiente pela importação de pneus usados foram bem apontados na decisão do STF, notadamente em relação ao fato de, além do expressivo passivo ambiental produzido anualmente no Brasil, a

⁸⁷ O autor, na ADPF 101, postulou: [i] o reconhecimento de lesão a preceito fundamental --- direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos do disposto nos artigos 196 e 225 da CF88; [ii] a declaração de inconstitucionalidade das interpretações e decisões judiciais que autorizaram a importação de pneus usados, com efeitos *ex tunc*, alcançando as decisões com trânsito em julgado; [iii] a declaração de constitucionalidade e legalidade do artigo 27 da portaria DECEX n. 8, do decreto n. 875, que ratificou a Convenção da Basiléia, do artigo 4º da resolução n. 23, do artigo 1º da Resolução CONAMA n. 235, do artigo 1º da portaria SECEX n. 8, do artigo 1º da portaria SECEX n. 2, do artigo 47-A do decreto n. 3.179 e seu § 2º, do artigo 39 da portaria SECEX n. 17 e do artigo 40 da portaria SECEX n. 14, com efeito *ex tunc*. (STF, ADPF 101, Rel Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha, j. 24.06.2009).

importação de milhões de pneus usados, sem que o país disponha de processo tecnológico de destinação final ambientalmente segura e eficaz dos resíduos sólidos gerados, acaba por ocasionar inestimável degradação ecológica. Tal se dá em razão de que os métodos ora adotados não decompõem esses resíduos, mas apenas os transformam, por incineração, resultando na emissão de substâncias extremamente tóxicas e mutagênicas, que causam severos efeitos negativos à saúde e ao ambiente. E, nesse sentido, de modo a ponderar os princípios constitucionais que permeiam a questão, a Ministra CÁRMEN LÚCIA asseverou que “parece inegável a conclusão de que, em nome da garantia do pleno emprego – dado essencial e constitucionalmente assegurado –, não está autorizado o descumprimento dos preceitos constitucionais fundamentais relativos à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A reforma de pneus há que ser enfrentada pelo Brasil, nos termos da legislação vigente, quanto aos pneus que já estão desembaraçados no território nacional e que aqui são produzidos e descartados. Porém, quando, para o desenvolvimento das atividades de recuperação ou reforma de pneus, as empresas preferem importar pneus usados de outros Países, importam-se também problemas para o desenvolvimento sustentável, porque se deixa de recolher os milhões de pneus usados na grande frota nacional e aumenta-se o passivo ambiental, o qual, por sua própria condição, é de difícil degradação e armazenamento. (...) O argumento dos interessados de que haveria afronta ao princípio da livre concorrência e da livre iniciativa por igual não se sustenta, porque, ao se ponderarem todos os argumentos expostos, conclui-se que, se fosse possível atribuir peso ou valor jurídico a tais princípios relativamente ao da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado preponderaria a proteção desses, cuja cobertura, de resto, atinge não apenas a atual, mas também as futuras gerações”.

A partir da análise da decisão em questão, vislumbra-se o flagrante conflito entre a livre iniciativa e a proteção do ambiente, notadamente sob a perspectiva do desenvolvimento sustentável, inclusive no sentido do enfrentamento do passivo ambiental hoje existente. Por outro lado, a decisão tomada pelo STF está alicerçada no papel constitucional que cumpre ao Estado (e, nesse sentido, também vincula o Estado-Juiz) desempenhar na seara econômica. O Estado *Socioambiental* de Direito

por nós advogado, longe de ser um Estado “Mínimo”, é um Estado regulador da atividade econômica, capaz de dirigi-la e ajustá-la aos valores e princípios constitucionais, objetivando o desenvolvimento humano e social de forma ambientalmente sustentável.⁸⁸ O *princípio do desenvolvimento sustentável* expresso no art. 170, inciso VI⁸⁹, da CF88, confrontado com o direito de propriedade privada e a livre iniciativa (caput e inciso II do art. 170), também se presta a desmistificar a perspectiva de um capitalismo liberal-individualista em favor da sua leitura à luz dos valores e princípios constitucionais socioambientais. Assim, com relação à pedra estruturante do sistema capitalista, ou seja, a propriedade privada, os interesses do seu titular devem ajustar-se aos interesses da sociedade e do Estado, na esteira das funções social e ecológica que lhe são inerentes. A ordem econômica constitucionalizada no art. 170 da CF88, com base também nos demais fundamentos constitucionais que lhe constituem e informam, expressa uma opção pelo que se poderia designar de um *capitalismo socioambiental* (ou *economia socioambiental de mercado*⁹⁰) capaz de compatibilizar a livre iniciativa, a autonomia privada e a propriedade privada com a proteção ambiental e a justiça social, tendo como norte normativo, “nada menos” do que a proteção e promoção de uma *vida humana digna e saudável* (e, portanto, com *qualidade e segurança ambiental*) para todos os membros da comunidade estatal.

O Estado Socioambiental, por certo, aponta para a compatibilidade da atividade econômica com a idéia de desenvolvimento (e não apenas crescimento!) sustentável, de modo que a “mão invisível” do mercado seja substituída necessariamente pela “mão visível” do Direito, já que, como salienta LÓPEZ PINA, em prólogo à obra de HÄBERLE, “el mercado no es un fin en si mismo, un espacio libre del Derecho extramuros del Estado e de la ética. La economía solo tiene

⁸⁸ Discorrendo, nesta perspectiva, sobre um Estado regulador Democrático de Direito, vinculando tal modelo ao desenvolvimento sustentável, v., por último, FRANÇA, Phillip Gil. *O controle da Administração Pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, especialmente p. 113 e ss. e 191 e ss.

⁸⁹ “Art. 170 (...) VI – a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.”

⁹⁰ Como fonte de inspiração, toma-se aqui a conhecida fórmula da economia social de mercado (*soziale Marktwirtschaft*) desenvolvida na Alemanha sob a égide da Lei Fundamental de 1949, e que marcou também o modelo do Estado Social e Democrático de Direito germânico do Segundo Pós-Guerra, em que pese a crise e as transformações experimentadas nos últimos tempos.

servicio al servicio del Hombre, debiendo encontrar en ella su lugar no menos la 'visible hand' del Derecho Constitucional que la 'invisible hand' del mercado".⁹¹ Nessa perspectiva, além da necessidade de uma compreensão integrada do regime jurídico dos *dereitos fundamentales económicos, sociales, culturales e ambientales* (DESCA), de modo a contemplar uma tutela ampla e qualificada da dignidade da pessoa humana, tanto sob a perspectiva individual quanto coletiva, a própria noção de sustentabilidade deve ser tomada a partir dos *eixos económico, social e ambiental*. Tais eixos, contudo, devem ser concebidos e aplicados de forma isonômica e equilibrada, refutando-se, consoante já alertado, toda e qualquer hierarquização prévia, notadamente pelo fato de que é no conjunto que tais dimensões se prestam à promoção de uma existência digna, o que, de certo modo, resultou cristalizado de forma exemplar na decisão em comento da nossa Corte Constitucional.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: ENFATIZANDO O POSSÍVEL PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA ESFERA DA TUTELA E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E DEVERES SOCIOAMBIENTAIS

Avaliando-se, ainda que de modo sumário, a evolução da atuação do Poder Judiciário na tutela e promoção dos direitos e deveres socioambientais, constata-se que são várias as formas pelas quais tal intervenção opera e pode, pelo menos a considerar os exemplos colacionados, contribuir de modo relevante para efetividade da rede normativa que regula as questões socioambientais, ainda que o papel do Poder Judiciário tenda a ser sempre mais tópico e de cunho prevalentemente corretivo, em especial, à vista da posição preferencial dos demais órgãos estatais (Legislativo e Executivo) e da sociedade civil organizada. Especialmente significativa, até mesmo pela potencialização do caráter interventivo, tal atuação se revela no que tange ao controle judicial de políticas públicas (ajustada à idéia de *governança ambiental*) na seara ecológica, tanto no que diz com a atuação quanto no concernente às omissões por parte dos demais

⁹¹ PINA, Antonio López. Prólogo à obra de HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 15.

órgãos estatais e mesmo de particulares, verifica-se claramente que apesar de uma série de exemplos que indicam uma forte intervenção em favor da tutela ambiental, ainda há muito por fazer, até mesmo por não faltarem exemplos de decisões no mínimo polêmicas por parte de Juízes e Tribunais, além de uma série de situações que apontam para um evidente descaso com a tutela ambiental, privilegiando outros valores, notadamente o da livre iniciativa, além de, por vezes, atenderem aos reclamos injustificados (jurídica e moralmente) do poder econômico.

A despeito da já expressiva produção jurisprudencial comprometida com os direitos e deveres socioambientais, conforme se pode apreender dos inúmeros julgados apresentados anteriormente, a atuação do Poder Judiciário, que sempre atua mediante intervenção de algum outro agente estatal ou ator privado, em termos gerais ainda se encontra muito vinculada a uma tradição de tutela de direitos subjetivos individuais, a despeito do crescente uso e aceitação dos instrumentos de tutela coletiva e difusa, após um período de considerável resistência, especialmente no que diz com o reconhecimento gradativo de ampla legitimidade para a propositura da Ação Civil Pública por parte do Ministério Público, da Defensoria Pública⁹² e das associações civis, assim como dos indivíduos no caso da Ação Popular⁹³. De outra parte, é preciso distinguir as hipóteses de controle das políticas públicas propriamente ditas, das hipóteses onde se está discutindo em primeira linha a violação por parte de ações ou omissões determinadas de aspectos ligados à proteção ambiental e garantia da qualidade de vida. Da mesma forma, diversos os desafios, ainda que presentes aspectos comuns,

⁹² Nesse sentido, destaca-se a recente inserção da Defensoria Pública no rol dos entes legitimados para a propositura da ação civil pública, conforme se pode apreender da nova redação conferida ao inciso II do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85).

⁹³ Nesse sentido, é exemplar a decisão do Superior Tribunal de Justiça que reconheceu a legitimidade do cidadão para ajuizar ação popular para impugnar atos administrativos omissivos geradores de danos ao ambiente: “ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. INTERESSE DE AGIR. PROVA PERICIAL. DESNECESSIDADE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL (...) 3. A ação popular pode ser ajuizada por qualquer cidadão que tenha por objetivo anular judicialmente atos lesivos ou ilegais aos interesses garantidos constitucionalmente, quais sejam, ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. 4. A ação popular é o instrumento jurídico que deve ser utilizado para impugnar atos administrativos omissivos ou comissivos que possam causar danos ao meio ambiente. 5. Pode ser proposta ação popular ante a omissão do Estado em promover condições de melhoria na coleta do esgoto da Penitenciária Presidente Bernardes, de modo a que cesse o despejo de elementos poluentes no Córrego Guaruaia (obrigação de não fazer), a fim de evitar danos ao meio ambiente (...)”. (STJ), [REsp 889.766-SP](#), Rel. Min. Castro Meira, j. 04.10.2007).

quando se considera a dupla dimensão negativa e positiva dos *direitos fundamentais socioambientais*. Com efeito, uma coisa é atuar na tutela preventiva ou inibitória no sentido negativo, buscando a proteção dos bens ambientais contra determinadas agressões aos bens socioambientais ou ameaças de lesão. Situação diversa é, sem dúvida, a de impor ao Estado e mesmo a particulares obrigações de fazer no campo fático ou normativo, onde acabam sendo potencializados os conflitos com os outros órgãos estatais e mais evidentes os limites à própria efetividade das decisões judiciais.

A intervenção do Poder Judiciário deve, por certo, ser sempre limitada e ajustada aos parâmetros delineados pelo sistema constitucional de freios e contrapesos que rege a relação entre os três poderes republicanos, sem que este princípio possa ser utilizado como fundamento para justificar a impossibilidade de intervenção por parte do Judiciário na esfera dos outros poderes, especialmente quando em causa a necessidade de tutela do *mínimo existencial socioambiental*. O Poder Judiciário tem, portanto, um *poder-dever* de intervenção⁹⁴, que não lhe pode ser subtraído e nem pode ser reduzido *prima facie*. É importante destacar que a atuação jurisdicional (especialmente nos casos de intervenção nas políticas públicas) só se deve dar de maneira excepcional e subsidiária, já que cabe, precipuamente, ao legislador o mapeamento legislativo de políticas públicas e, posteriormente, ao administrador a execução dessas, tanto na seara social como na seara ecológica. Nesse cenário, assume relevo a necessidade de investimento em formas alternativas e extrajudiciais de composição dos conflitos vinculados à questão ambiental e mesmo uma ampliação da já largamente utilizada opção (mais ainda assim, especialmente considerando as desigualdades regionais) do Inquérito Civil e do Termo de Ajustamento de Conduta.

A discricionariedade administrativa e a liberdade de conformação legislativa, assim como a própria atividade jurisdicional, encontram-se sujeitas sempre a um controle com base nos princípios e regras constitucionais, o que, embora – pelo menos no caso do Brasil – corresponde atualmente à posição dominante, não elide

⁹⁴ No sentido de que o Poder Judiciário, em tais hipóteses, não estaria, por si, criando políticas públicas, mas apenas assegurando aquelas escolhas públicas já tomadas pela norma constitucional, v. LEAL, Rogério Gesta. “O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais”. In: SARLET, Ingo W. (Org.). *Jurisdição e direitos fundamentais*, Vol. I. Porto Alegre: Livraria do Advogado/AJURIS, 2005, p. 173.

controvérsias importantes e não afasta a necessidade de cuidadosa contextualização e diferenciação. Nesse contexto, embora o princípio da separação de poderes represente uma garantia destinada a assegurar a proteção dos direitos fundamentais contra o arbítrio do Estado, ao mesmo tempo se revelaria como no mínimo em parte contraditório, que tal princípio viesse a ser invocado pelo governante justamente para negar a concretização de um direito fundamental (no caso, do direito ao ambiente)⁹⁵, de modo a impedir o controle judicial da *omissão* ou mesmo da *atuação estatal insuficiente* no cumprimento de um dever constitucional de proteção, ou na efetivação de um direito fundamental na perspectiva subjetiva, quando for o caso.

A partir de uma leitura da atuação do Poder Judiciário com base na teoria dos direitos fundamentais e nos deveres de proteção atribuídos ao Estado-Juiz, a participação da cidadania, por meio da ação judicial (e o mesmo raciocínio se aplica aos procedimentos administrativos) justifica-se também numa perspectiva democrática, já que essa não mais se funda ou pode se fundar no sistema representativo tradicional. As ações judiciais conformam o *direito à participação*⁹⁶ inerente aos direitos fundamentais, permitindo a democratização do poder através da participação popular, que, no modelo democrático-participativo, se dá, no caso da ação judicial, de forma direta.⁹⁷ Nesse sentido, a Ação Popular se apresenta como “instrumento pelo qual o indivíduo exerce o seu direito de tomar parte na gestão dos negócios públicos”, espelhando o exercício de um direito político⁹⁸, o que também se aplica aos demais instrumentos processuais – notadamente

⁹⁵ Compartilhando tal entendimento, v. MIRRA, Álvaro Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 380.

⁹⁶ De acordo o espírito democrático-participativo que deve permear os processos coletivos em matéria ambiental, destaca-se decisão emblemática do Juiz Federal Zenildo Bodnar da Vara Federal Ambiental, Agrária e Residual da Circunscrição Judiciária de Florianópolis no sentido de convocar audiência judicial participativa, no âmbito de ação civil pública ambiental, sob a alegação, na fundamentação da decisão, de que “é fundamental que o cidadão tenha oportunidade de participar, como sujeito ativo e protagonista das decisões ambientais, por intermédio das audiências públicas judiciais, contribuindo para o tratamento adequado das lides ambientais. A democratização do acesso à justiça ambiental, com ampla participação popular, é a melhor forma de legitimar a atuação do Poder Judiciário na tutela do ambiente e também servirá como mecanismo estratégico de conscientização e educação ambiental” (In: *RDA*, n. 46, Abr-Jun, 2007, p. 357-363). (Vara Federal Ambiental, Agrária e Residual da Circunscrição Judiciária de Florianópolis Recentemente, decisão liminar, Proc. 2004.72.00.013.781-9/SC, Ação Civil Pública, Juiz Federal Zenildo Bodnar, j. 11.06.2007).

⁹⁷ MARINONI, “Teoria geral do processo...”, p. 198.

⁹⁸ Idem, *ibidem*

daqueles de natureza coletiva, como é o caso da Ação Civil Pública -, no âmbito de um acesso amplo à Justiça, tal como consagrado pela CF88. Acima de tudo, devem Juízes e Tribunais levar a sério os deveres de proteção em matéria de direitos socioambientais, exercendo um controle rigoroso também da legislação em matéria processual e zelando pelo aperfeiçoamento, ainda que isso ocorra por uma interpretação corretiva, dos procedimentos e das técnicas de tutela dos direitos fundamentais⁹⁹.

A ampliação da legitimidade para a propositura de determinadas ações, especialmente diante da tutela de direitos difusos e coletivos, como no caso da Ação Civil Pública e da Ação Direta de Inconstitucionalidade, também assume uma feição de concretização do princípio democrático e da garantia do acesso à justiça, conformando a *perspectiva procedimental dos direitos fundamentais*. Quanto mais se alarga a legitimidade para a propositura dessas ações, mais se intensifica a participação do cidadão – ainda que representado por entidades – e dos grupos no poder e na vida social¹⁰⁰. Um importante avanço representaria também a criação de mais Juizados especializados – e, em alguns casos, até mesmo itinerantes - em matéria de tutela ambiental (especialmente na Justiça dos Estados da Federação) nas capitais estaduais e nos pólos regionais, de forma descentralizada, contando com uma estrutura organizacional e técnica adequada e em condições efetivas de dar conta de forma qualificada da crescente demanda em matéria ambiental.¹⁰¹ O aperfeiçoamento de um sistema integrado e cooperativo de informação segura e atualizada e de gestão em matéria de políticas ambientais, notadamente no contexto de um regime federativo, acaba sendo indispensável para servir de baliza para a própria atuação do Poder Judiciário e para a redução da margem de erros no processo decisório administrativo e jurisdicional, que depende da qualidade das informações. Igualmente importante o investimento permanente na adequada

⁹⁹ Sobre a vinculação dos tribunais e juízes aos direitos fundamentais, v. SARLET, “*A eficácia dos direitos fundamentais...*”, p. 372-374.

¹⁰⁰ Em sintonia com tal entendimento, v. MARINONI, “*Teoria geral do processo...*”, p. 199.

¹⁰¹ Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, através da Resolução n. 240/2005, aprovada pelo seu Órgão Especial, em 05 de outubro de 2005, criou a Câmara Especial de Meio Ambiente, seguindo a trilha das Varas Ambientais Federais existentes em Curitiba, Florianópolis e Porto Alegre. Por fim, merece registro a existência da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n. 99/2003, de autoria do Deputado Federal Wagner Rubinelli, com a finalidade de instituir a justiça ambiental com a criação em todo o País de tribunais e juizados especializados no julgamento de ações relativas à matéria ambiental.

formação dos quadros do Poder Judiciário para atuação em matéria ambiental, especialmente pelo forte conteúdo interdisciplinar dos problemas a serem enfrentados e a necessária capacidade de avaliação de laudos periciais complexos. Por fim, repudiando uma postura fundamentalista e afastando posicionamentos incompatíveis com a complexidade dos problemas enfrentados contemporaneamente, ainda mais quando se objetiva compatibilizar a tutela dos direitos socioambientais, assume destaque, como diretriz para a solução dos casos concretos, o princípio da proporcionalidade, o que, somado a uma interpretação adequada (proporcional e razoável) dos princípios e deveres de precaução e prevenção, se revela essencial para uma atuação correta do Poder Judiciário no campo da governança ambiental. Nessa perspectiva, há que partir da premissa de que deve prevalecer a proteção ambiental quando a ação degradadora combatida comprometa ou coloque em risco o âmbito de proteção da dignidade humana e as bases naturais indispensáveis para o equilíbrio ecológico em geral. Note-se que a proporcionalidade e a correlata noção de razoabilidade, devem ser consideradas tanto no que diz com a vedação de excessos na intervenção em bens fundamentais quando no que diz com a proibição de medidas de proteção e promoção manifestamente insuficientes (deficientes), tendo como norte a otimização da tutela ambiental no contexto mais amplo dos direitos fundamentais. Nesse contexto, é de suma importância que seja sempre considerada a responsabilidade para com as existências humanas (e mesmo não humanas!) futuras, conforme dispõe a CF88 (art. 225) e o sistema internacional dos direitos humanos, razão pela qual, com razão, se apontou para a importância de se “tomar a sério os interesses das futuras gerações”.¹⁰² Assim, o que se postula, ao fim e ao cabo, é que o Poder Judiciário no Brasil cada vez mais, mas sempre de modo responsável e equilibrado (portanto, pautado, entre outros, pelos critérios da proporcionalidade e razoabilidade), o seu dever constitucional de tutela ecológica ou mesmo de uma participação na assim chamada *governança ambiental*.¹⁰³ Acima de tudo, é preciso

¹⁰² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português”. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (Orgs.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 2.

¹⁰³ De modo a configurar a legitimidade constitucional da governança judicial na seara ecológica, GARCIA salienta que “a atribuição legal de tarefas à Administração, de competências aos seus

que tenhamos sempre presente que, se por várias razões é preciso avançar no sentido de uma responsabilidade compartilhada e, em especial, em direção a uma política global e eficiente no campo da tutela ambiental em particular e dos direitos socioambientais em geral, onde desde logo se sabe não caber ao Poder Judiciário a condução do processo, também segue correto afirmar, ainda mais considerando o atual estágio da evolução, que seguramente a melhor alternativa também não é a de afastar Juízes e Tribunais da Constituição e dos *direitos (e deveres) fundamentais socioambientais*.

5. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 7.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. "Constituição e ordem econômica". In: FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto (Orgs.). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 9-34.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. "Proteção do meio ambiente na Constituição brasileira". In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 2. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 58-79.

BELLO FILHO, Ney de Barros. "A eficácia horizontal do direito fundamental ao ambiente". In: SCHÄFER, Jairo (Org.). *Temas polêmicos do constitucionalismo contemporâneo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 361-399.

órgãos, de uma discricionariedade para agir e definir no concreto uma política ambiental, permite ao Estado exercer juridicamente a sua função de *governança*, nos limites e sob orientação dos direitos fundamentais e no quadro dos princípios jurídicos, sujeita ao controle dos tribunais. Com o que a *governança* se assume como realização do direito, reiventando o Estado e o seu poder". GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *O lugar do Direito na proteção do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 494.

BENJAMIN, Antônio Herman. “Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira”. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (Orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 57-130.

_____. “Meio ambiente e Constituição: uma primeira abordagem”. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Org.) *Anais do 6º Congresso Internacional de Direito Ambiental*. São Paulo: IMESP, 2002, p. 89-101.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: SAFE, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (Orgs.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. “Estado Constitucional Ecológico e democracia sustentada”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 493-508.

_____. “O direito ao ambiente como direito subjetivo”. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 177-189.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, São Paulo: Saraiva, 2004.

DEMOLINER, Karine. *Água e saneamento básico: regimes jurídicos e marcos regulatórios no ordenamento brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Saraiva, 2008.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

- FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- FRANÇA, Phillip Gil. *O controle da Administração Pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- FREITAS, Juarez. “Princípio da precaução: vedação de excesso e de inoperância”. In: *Separata Especial de Direito Ambiental da Revista Interesse Público*, n. 35, 2006, p. 33-48.
- GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *O lugar do Direito na proteção do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2007.
- GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- GOMES, Carla Amado. *A prevenção à prova no direito do ambiente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- _____; ANTUNES, Tiago (Orgs.). *Actas do Colóquio “A responsabilidade Civil por Dano Ambiental”*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (Faculdade de Direito de Lisboa)/Associação Portuguesa para o Direito do Ambiente/Instituto Lusíada para o Direito do Ambiente, 2009. Disponível em: <http://www.icjp.pt/publicacoes>. Acesso em 23 de junho de 2010.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. “Controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário”. In: *Revista de Processo*, n. 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, Out-2008, p. 9-29.
- HÄBERLE, Peter. “A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal”. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 89-152.
- _____. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Editorial Trotta, 1998.
- JUCOVSKY, Vera Lucia R. S. “O papel do Judiciário na proteção do ambiente”. In: MILARÉ, Édís (Coord.) *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 575-589.

KOTZÉ, Louis J.; PATERSON, Alexander R. (Edit.). *The Role of the Judiciary in Environmental Governance: Comparative Perspectives*. The Netherlands: Wolters Kluwer, 2009.

KRELL, Andréas J. *Discrecionariedade administrativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LEME MACHADO, Paulo Afonso. *Direito ambiental brasileiro*. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Direito à informação e meio ambiente*. São Paulo: Malheiros, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. “O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais”. In: SARLET, Ingo W. (Org.). *Jurisdição e direitos fundamentais*, Vol. I. Porto Alegre: Livraria do Advogado/AJURIS, 2005, p. 157-178.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro. “Fundamentos jurídicos para a inversão do ônus da prova nas ações civis públicas por danos ambientais”. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Org.). *Anais do 6º Congresso Internacional de Direito Ambiental*. São Paulo: IMESP, 2002, p 327-340.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. “A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva”. Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br/admin/users/29.pdf>. Acesso em: 04 de abril de 2010.

MEDAUAR, Odete. “Alcance da proteção do meio ambiente pela via jurisdicional: controle das políticas públicas ambientais?”. In: DÍSEP, Clarissa Ferreira M.; NERY JUNIOR, Nelson; MEDAUAR, Odete (Coord.). *Políticas públicas ambientais: estudos em homenagem ao Professor Michel Prieur*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 230 e ss.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura. *Meio ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

- MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MIRRA, Álvaro Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.
- MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007
- MORATO LEITE, José Rubens; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial (teoria e prática)*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. “Estado de Direito do Ambiente: uma difícil tarefa”. In: MORATO LEITE, José Rubens (Org.). *Inovações em direito ambiental*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000, p. 13-40.
- MOREIRA, João Batista Gomes. “Poder Judiciário e meio ambiente: um balanço”. In: *Revista Interesse Público*, n. 45. Belo Horizonte: Editora Fórum, Set-Out, 2007, p. 15-28.
- NETO, Eurico Bitencourt. *Mandado de Injunção na tutela de direitos sociais*, Salvador: Editora Podivm, 2009.
- PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 8.ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.
- _____. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5.ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.
- PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PORTANOVA, Rogério. “Direitos humanos e meio ambiente: uma revolução de paradigma para o Século XXI”. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Org.). *Anais do 6º Congresso Internacional de Direito Ambiental - 10 anos da ECO-92: o Direito e o desenvolvimento sustentável*. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde/Imprensa Oficial, 2002, p. 681-694
- ROBERTO GOMES, Luís. *O Ministério Público e o controle da omissão administrativa: o controle da omissão estatal no Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por Omissão e Troca de Sujeito. A perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SARAIVA NETO, Pery. *A prova na jurisdição ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____; TIMM, Luciano B. (Orgs.) *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____; FENSTERSEIFER, Tiago. “Algumas notas sobre a dignidade da pessoa humana e a dignidade da vida em geral: uma convivência possível e necessária”. In: MOLINARO, Carlos Alberto; MEDEIROS, Fernanda L. F.; SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, Tiago (Orgs.) *A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma discussão necessária*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 175-205.

_____. “Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e proibição de insuficiência”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47, Mar-Abr, 2004, p. 60-122.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. “A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico”. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, n. 53, Mai-Set, 2004, p. 223-251.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. “A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 11-46.

SARMENTO, Daniel. “Os direitos fundamentais nos paradigmas Liberal, Social e Pós-Social (Pós-modernidade constitucional?)”. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 375-414

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001.

[voltar ao índice ▲](#) [início do texto ▲](#)

**PENSANDO A INTERVENÇÃO REGULATÓRIA DO SISTEMA JURÍDICO NAS
FASES INICIAIS DOS SISTEMAS TECNOLÓGICOS EM UM
ESTADO SOCIOAMBIENTAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO***

Carlos Alberto Molinaro**

O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas. (Brasil: Constituição Federal de 1988, arts. 218).

O advento crescente de riscos e incertezas na sociedade contemporânea tem desvendado uma dupla necessidade: o imperativo de consulta com os cientistas, onde divergem as opiniões sobre a possível ocorrência de eventos potencialmente danosos e, por outro, a oportunidade de envolver os cidadãos nas decisões com base científica, mas que afetam diretamente a sociedade civil.

Tecnologia não constitui simplesmente uma metódica e instrumento de produção independente e de autorregulação sobre o mundo natural ou cultural, porém uma instituição de dinâmica social dedicada a criar uma ordem social e epistemológica na moderna sociedade democrática. Como uma instituição social está implexa com o Direito, que, por sua vez, motiva o conhecimento científico adequado para regular uma situação ou resolver uma disputa legal.

* O presente texto é um fragmento de Projeto de Investigação do autor – “*Estado Socioambiental e seus Princípios*” – desenvolvido no Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado da PUCRS. As referências bibliográficas, entre outras, são resultado de pesquisas e fichas de leitura do autor na *Staatsbibliothek* de Berlim nos períodos de julho de 2008 e 2010, e na *British Library*, em Londres, realizada em julho de 2008.

** Doutor em Direito (com registro de *Doctor Europeo* pela Universidade Pablo de Olavide de Sevilha- ES), revalidado pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Mestre e Especialista em Direito Público pela PUCRS. Professor na PUCRS na Graduação e no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito.

Sumário: Introdução. 1. Algumas aclarações primárias. 1.1. Ciência & Tecnologia. 1.2. Determinismo tecnológico e construção social da ciência e da tecnologia. 1.3. Tecnologia como sistema. 2. Direito e Ciência na perspectiva da proteção ambiental. 2.1. Direito, ciência, tecnologia e risco. 2.2. A qualidade dos modelos de intervenção. 3. Desenvolvimento tecnológico e valor das escolhas. 4. O modelo de “autorregulação adequada” (regulada) como uma referência de base doutrinária para o alargamento do âmbito de aplicação do direito. 4.1. A intervenção regulatória do sistema jurídico nas fases iniciais dos sistemas tecnológicos. 4.2. Alguns instrumentos de autorregulação. Conclusão.

Introdução

Este breve ensaio tem a intenção de convidar o leitor a refletir sobre o intrincado problema que se põe entre a perspectiva dos juristas na leitura Constitucional dos deveres do Estado para com a sociedade relativamente à *Ciência & Tecnologia*, e a ampla liberdade concedida aos cientistas para o desenvolvimento das mais diversas (e inusitadas) possibilidades de conforto tecnológico para atender as necessidades dessa mesma sociedade, confrontando essa liberdade com a *urgência de uma regulação* comprometida com as emergências dos reclamos sociais em especial no campo da proteção ambiental.

O século em que vivemos, no transcurso de sua primeira década, tem suscitado inúmeras questões que rezingam eficientes respostas em um ficto *mundo do Direito*. Neste ambiente normativo, como de resto o da maioria das ciências, são desenhados os padrões de comportamento, ou de reações dos indivíduos, isoladamente ou entre si e, ainda, da sociedade, onde seus atores ante os inúmeros fatores que compõe o cenário onde permanecem e compartilham os estímulos sociais, ou sentimentos e necessidades, presentes baixo determinadas circunstâncias. Nesta ambiência confrontam-se diferentes percepções da mesma realidade, inauguram-se complexas distensões semânticas que geram múltiplos significados aos fenômenos que são observados no constante tráfico das relações socioculturais de uma dada sociedade. Dar sentido a algum evento do cotidiano das ações, ou as manifestações do mundo da vida, tem sido uma constante comportamental. As

neurociências, mesmo, têm afirmado que o nosso cérebro está formatado para dar ou extrair sentido do mundo, processar ou criar imagens ou modelos e, ao mesmo tempo, controlar – por esquemas interpretativos – o seu conteúdo sabendo onde estão as informações e juntando ideias relacionadas, de forma a permitir a filtragem e a identificação do que é relevante para os seus objetivos: *a aquisição de conhecimento do mundo externo*¹. Conhecimento tem sido a palavra-chave para a descoberta do mundo, ele é a mais legítima expressão de domínio, teórico ou prático, de um objeto, de uma arte, de uma ciência ou de uma técnica, e se manifesta na intuição e na contemplação, na capacidade de construção de competências, classificação, mensuração, analogia, e observação empírica. Assim, revela-se como um *ensaio* que deve ser atualizado permanentemente, é um transitar por incertezas que requerem apreciar a vulnerabilidade de todo dogma, e a afirmação da supremacia da interrogação constante².

Não há qualquer novidade quando afirmo que conhecemos por diferentes meios, modos e formas; neste diapasão, não é nenhuma novidade, também, dizer que atualizamos e distinguimos nosso conhecimento segundo o contexto sociocultural em que nos incluímos, desde nossas crenças, educação e experimentação em perseverante reflexão sobre nossas ideias, sentimentos e emoções; por isso mesmo, construímos nossa racionalidade por intermédio do compartilhamento de outras experiências havidas no mesmo, ou em outro contexto intelectual capaz de conferir sentido, limites, ordem e medida ao universo que interrogamos. Neste percurso, imprescindível, antes de enfrentar o tema objeto destas reflexões, alguns esclarecimentos sobre a concepção de direito que adoto com relação às especiais categorias epistêmicas que vou desenvolver.

¹ O cérebro humano é o mediador na interação social humana com a natureza. É talvez a mais surpreendente estrutura de auto-organização natural do universo. Tem grande complexidade e volatilidade constante e também interage com a mudança social e do ambiente natural, como foi confirmado por descobertas recentes da neurociência (cf., Allan **Combs** e Stanley **Krippner**, **Collective Consciousness and the Social Brain**, em: Charles **Whitehead** [Ed], **The Origin of Consciousness in the Social World**, Charlottesville, VA: Imprint Academic, 2008, p. 264-276).

² Sobre o tema, entre outros, consulte-se Maurice **Merleau-Ponty**, **Phenomenology of Perception**. New York: Humanity Press, 1962. Também John **Dewey**, **How We Think**. Buffalo: Prometheus books, 1991. Ainda, Howard **Gardner**, **Frames of the Mind**. New York: Basic books, 1993.

1. Algumas aclarações primárias

No meu âmbito de pesquisa, em particular, o *direito constitucional* e o *direito ambiental*, tenho o interesse em definir um espaço prévio de interrogação: o *lugar do direito no contexto das sociedades contemporâneas*. Neste estilo, para o presente estudo tomo o substantivo *direito* – enquanto espaço de juridicidade³ e, numa perspectiva sociológica um fenômeno sociocultural – *como um processo de adaptação ou de corrigenda dos defeitos de adaptação do homem à vida social*⁴, neste viés pontiano que aceito, o direito afirma-se como um *modal* de convivência social, um amplo espaço que objetiva estabelecer a conciliação dos interesses socioambientais e econômicos para uma adequada repartição das oportunidades. Nesta mesma linha se insere a Constituição de um Estado Socioambiental⁵ e Democrático de Direito e que, de plano, revela a anterioridade de uma *carta de conciliação de interesses políticos*, ou na sutil articulação de Pontes de Miranda, *um sistema de conclusões sociológicas*⁶, para imediatamente revestir a modelagem de todo o ordenamento jurídico que conforma o Estado, distribuindo competências, articulando limites e restrições, afirmando direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções igualmente distribuídas na dimensão intersubjetiva amalgamada no espaço sociopolítico, econômico e cultural das agrupações humanas. Assim, aqui, percebo o direito e, em especial, o direito constitucional e o ambiental, como um *produto cultural* (no espaço do jurídico) que opera com

³ Por juridicidade, como fenômeno integrado em um processo de estabilidade social, e de correção de eventuais defeitos de estabilização para a garantia da paz social, entendo, numa perspectiva culturalista, o espaço sociocultural ambientalmente relevante, produtor de normas de conduta vinculativas, onde são demarcadas zonas de consenso, de comunicação, de decidibilidade e de compensação para a resolução de conflitos, de condução sociopolítica, de regulação de pretensões, ademais da configuração de direitos e deveres, de legitimação do poder social e estatal e do incentivo, promoção, e salvaguarda de condutas de sujeitos singulares ou plurais socioculturalmente apreciáveis.

⁴ **Pontes de Miranda**, Francisco C. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Vol. III. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, p. 51.

⁵ O adjetivo socioambiental, aliás, já incorporado na sistemática jurídico-ambiental brasileira, é resultante do substantivo socioambientalismo (aqui um neologismo de matriz positiva, pois enriquece a língua partindo de sua própria estrutura), ou a reunião da perspectiva social e ambiental com o fundamento e objetivo da proteção ambiental com a integridade dos ecossistemas, o crescimento econômico e a equidade social (cf., **Santilli**, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**. Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Editora Fundação Peirópolis Ltda, 2005, p. 36).

⁶ **Pontes de Miranda**, Ob. Cit. Vol. IV p. 199.

critérios de escolha, de estabilidade e decidibilidade, e reproduz uma metodologia de acomodação de múltiplos direitos e garantias descritas na Constituição, pois se revela em um processo de integração normativa ao formular um *dever-ser* que sagra os ideais, as valorações (ou as escolhas elegidas e cristalizadas no contexto de sua eleição), princípios, regras e interesses primários da sociedade, independentemente do projeto de poder político que a vincule. Este mesmo direito, incorporado na Carta constitutiva do Estado, que obriga a todos (embora muitos efetivamente não compartilhem o mesmo projeto de poder que conforma o Estado, aliás, múltiplos processos de poder, reunidos em uma esfera hegemônica persistente), alcança sua maior expressão na qualificação de *fundamentais* de sujeitos singulares ou plurais (*sujeitos totais* na expressão pontiana⁷), cujo atribuído será determinado ou determinável no momento da incidência de suas normas. Este mesmo direito, em sentido largo, *regra*⁸ objetos apreciáveis no contexto sociocultural e ambiental, identificando especiais campos de incidência para um nível ótimo de progresso e satisfação sociocultural em um ambiente (ou como tenho preferido denominar, *um lugar de encontro*⁹) juridicamente qualificado.

Um dos campos desenhados pelo direito e amalgamado na Constituição – aqui como arquitetura dinâmica estruturada para atender, entre outras, as exigências sociopolíticas e as necessidades socioculturais e econômicas – diz com o *desenvolvimento científico, a dedicação com a pesquisa e a promoção da capacitação tecnológica*. Ambicioso projeto do legislador constituinte ao reunir (i) um *objetivo*: desenvolvimento científico; (ii) uma *liberdade*: dedicação com a pesquisa; (iii) um procedimento: *capacitação tecnológica*. Este projeto, como disposto no Capítulo IV da Carta de 1988, afirma um *dever fundamental* do Estado: o de promover a ciência e a tecnologia, pois o seu cumprimento é condição de concretização do objetivo

⁷ Cf., **Pontes de Miranda** em várias passagens de sua obra, e.g., **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, vários anos, Tomo 3, § 166, 2, § 183, 5; Tomo 6, § 509, 2; 537; 567, 3; Tomo 8, § 727, 2; Tomo XII, § 1.159, 3.

⁸ Na feliz expressão pontiana, regra é *regula*, régua, portanto mensura, ou torna reto; também, *regulo*, e vai regular, ou dirigir, dispor, ou ainda ordenar e, *rex* ou *regere*, ao dirigir, guiar, ou conduzir e governar.

⁹ Um lugar de encontro de condições bióticas e abióticas que possibilitam a existência de todos os seres (**Molinaro**, Carlos Alberto. **Direito Ambiental - Proibição de Retrocesso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, *passim*).

estatal anunciado no inciso II do artigo 3º, isto é, garantir o desenvolvimento nacional, ademais de justificar a competência comum das entidades federativas como previsto no inciso V do artigo 23, ambos do texto constitucional¹⁰.

Conhecimento científico se adquire mediante o direito fundamental de liberdade de investigação científica dedicada e metodicamente conduzida, fato que depende de adequadas medidas sociopolíticas, culturais, econômicas e jurídicas amalgamadas em políticas públicas de Estado, coordenadas e associativas das aspirações de amplos setores da sociedade alocados no espaço federativo brasileiro¹¹, neste particular, são possíveis reproduções importantes das funções de políticas públicas relacionadas ao tema: um espaço simétrico de desenvolvimento científico e tecnológico em todas as latitudes do território estatal.

1.1. Ciência & Tecnologia

De há muito, a ciência em constante interrogação de seu método, por causa das ameaças¹² em que está enredada muitas vezes, ou na maioria das vezes, perdeu sua

¹⁰ O estudo do preceito constitucional epigrafado, e citado, faz parte de projeto do autor intitulado “Estado Socioambiental e seus Princípios” – desenvolvido no Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado da PUCRS.

¹¹ A propósito consulte-se o articulado pelo Professor do IBMEC, Luíz Cláudio **Allemand**, em palestra proferida na 4ª Conferência Regional Sudeste de Ciência, Tecnologia e Inovação, realizada em Vitória, ES, em 30 e 31 de março de 2010, com o título **Modelagem jurídica aplicada à Ciência, Tecnologia & Inovação**, que pode ser consultada em: <http://www.crcti-sudeste.com.br/lcallemmand.pdf> (acesso em 12 de abril de 2010).

¹² Neste sentido a natureza dúplice da ciência, e em particular a relação risco/benefício, que é muito mais integrada, foi objeto de extensa pesquisa principalmente no campo da sociologia desde os anos 80. Confira-se na literatura alemã, para se referir duas diferentes abordagens para este problema feitas pelos dois principais sociólogos alemães Niklas **Luhmann** (**Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?** Opladen: Westdeutscher Verlag, 1986, neste livro encontramos um compacto, e provavelmente o mais compreensível, resumo da teoria dos sistemas, bem como, Luhmann intenta responder a questão dos riscos ecológicos da sociedade moderna; ainda, **Soziologie des Risikos**. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1991) e Ulrich **Beck**, (**Risikogesellschaft: auf dem Weg in eine andere Modern**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995). Observe-se, para Beck, mediante sua noção de *sociedade de risco*, fica a sociedade contemporânea densamente marcada pelos efeitos colaterais resultantes da operação desconectada de seus diversos subsistemas, o que produz um déficit de racionalidade e a perda de uma perspectiva global dos problemas que a agravam, chegando a afirmar “a novidade é que a fonte dos perigos não se encontra no entorno da atividade social, mas que as mesmas operações sociais e suas ameaças são, na verdade, autoconfiguradas”. De outra parte, Luhman entende que no interior das sociedades seus subsistemas se autonomizam, autogerando os códigos e programas que ordenam seu funcionamento específico. Para uma abordagem integrada, ver também, em língua inglesa, Mary **Douglas** and Aaron **Wildavsky**, **Risk and culture an essay on selection of technological and environmental dangers**. Berkeley: University of California Press; 1982, e Harry J. **Otway**, **The Perception of technological Risks**, em:

“inocência” no sentido de que todo o desenvolvimento científico e tecnológico pode ser considerado simultaneamente benéfico e de progresso social, como era pensamento comum nos anos 60 e 70 do século passado, o que não se mostrou muito correto. É, portanto, um grande desafio para o Estado nacional e, na ambiência supranacional, para as organizações de qualquer tipo, adotar um quadro adequado e justo (*justo*, na perspectiva de uma “moral pública de confiança na autoridade”, ao estilo do positivismo jurídico exclusivo de Joseph Raz¹³), que contribua para o desenvolvimento de um sistema científico e tecnológico que leve em conta o significativo de seus resultados, classificando, como definido pelo *Direito*, um valor-alvo ou suas opções (por exemplo, a proteção do ambiente). No entanto, enfrentar esse desafio, não é uma tarefa muito fácil, pois a evolução científica e tecnológica na maior parte das vezes opera principalmente na forma de instituições, e de representações societárias de diversificada origem, em grande parte independentemente do Estado-nação e, os grupos supranacionais, caracterizados como grandes institutos ou corporações, são financiados no seu maior volume pelo setor privado¹⁴; isto, juntamente com o enfraquecimento gradual do papel do Estado no desenvolvimento de políticas econômicas de base, especialmente nos últimos anos e, particularmente, a partir do acelerado processo de globalização, o que significa, designadamente, que o quadro de ação do Estado nacional na definição da política de Ciência & Tecnologia é muito limitado, embora destacadas algumas áreas importantes para a sua ação e de outras organizações supranacionais. Note-se, que a liberdade de pesquisa científica, e a ampla autonomia das escolhas tecnológicas de Estado, e as preferências políticas e

Meinolf Dierkes, Sam F. Edwards, e Rob Coppock (Ed.). **Technological risk: It's perception and Handling in European Community**. Königstein/Ts.: Verlag Anton Hain, 1980, p. 35-44.

¹³ Cf. em particular, Joseph Raz, **The Morality of Freedom**, Oxford, Clarendon Press, 1979 (especialmente p. 37-52; 212-220). Também, **About Morality and the Nature of Law**, em: The American Journal of Jurisprudence 48 (2003) 1-15, publicação da University of Notre Dame, na aprazível comunidade de Notre Dame, em Indiana, USA. Ainda, **The authority of Law: Essays on Law and Morality**. Oxford: Oxford University Press, 2002. Observe-se que para Raz, o que determina a validade das regras de direito são suas fontes jurídicas, portanto, ainda que o fenômeno jurídico, como tal, resulte de fatos sociais e estes de alguma forma vinculem conteúdos morais, tal circunstância não autoriza a incorporação da moral no direito, pois a validade da norma está indelevelmente presa a sua fonte (jurídica), e esta última não vincula um conteúdo moral. Daí a formulação da sua *strong social thesis*, pois a validade das normas jurídicas depende apenas de fatores empíricos, de fatos sociais, livres, portanto, de critérios de justiça ou de correção moral (**The authority of Law: Essays on Law and Morality**. Oxford: Oxford University Press, 2002. pp. 39-40; também 228 e segs.).

econômicas da sociedade (induzidas ou não) refletidas principalmente em relação ao próprio desenvolvimento tecnológico do direito aplicado, o indica como um meio de regular ou controlar a mudança social, mais precisamente, um direito como meio de controle (*Recht als Steuerungsmedium*)¹⁵, que é influenciado em parte por um especial princípio, aquele definido como princípio do “determinismo tecnológico” (*Technikdeterminismus*)¹⁶, mas não só, pois a complexidade do tema provoca múltiplas abordagens tendo sido construídas variadas hipóteses para intentar sua melhor compreensão. Neste viés, necessário revisitar algumas perspectivas construídas (pela ciência) por importantes pensadores que se dedicaram ao tema com criteriosa metodologia.

1.2. Determinismo tecnológico e construção social da ciência e da tecnologia

De acordo com a perspectiva do determinismo tecnológico, a tecnologia – especialmente tomada como conjunto complexo de técnicas processos, métodos, meios e instrumentos de um domínio particular do conhecimento – é um sistema fechado de conhecimento; além do mais, desenvolveu a sua própria “caixa preta”,

¹⁴ Para o tema, Wolfgang **Hoffmann-Riem**, e Jens-Peter **Schneider** (Eds.): **Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung – Grundlagen, Forschungsansätze, Gegenstandsbereiche**. Baden-Baden: Nomos, 1998.

¹⁵ Para uma visão do direito como instrumento de mudança de configuração social, aqui no sentido de capacidade controle (Steuerungsfähigkeit), confira, Gunnar Folke **Schuppert**, **Grenze und von Alternativen Steuerung im Recht**, em: Dieter **Grimm** (Hrsg.), **Wachsende Staatsaufgaben-sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts**, Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges., 1990, p. 217 e segs., e Wolfgang **Hoffmann-Riem**, **Innovationen durch Recht und im Recht**, em: Martin **Schulte** (Hrsg.), **Technische Innovation und Recht - Antrieb oder Hemmnis?**, Heidelberg: Muller, 1997, p. 3.

¹⁶ Como representantes típicos do determinismo tecnológico no campo científico alemão, poderia indicar a Schlesky e Ropohl, o primeiro, um clássico da sociologia alemã; Helmut **Schelsky**, no articulado **Der Mensch der wissenschaftlichen Zivilisation, em Auf der Suche nach Wirklichkeit. Gesammelte Aufsätze**, Düsseldorf, Köln: Diederichs, 1965, p. 444 e segs., o segundo, engenheiro dedicado a filosofia da técnica, Günter **Ropohl**, em **Aufklärung technologische**, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, p. 195 e segs., mais recentemente, seu **Signaturen der technischen Welt. Neue Beiträge zur Technikphilosophie**, Berlin/Münster: LIT Verlag 2009. Em língua inglesa consulte-se o trabalho coletivo organizado pelos professores eméritos do Program in Science, Technology and Society do MIT (Massachusetts Institute of Technology), Merritt Roe **Smith** e Leo **Marx**, **Does Technology Drive History? The Dilemma of Technological Determinism** (Cambridge, MA: MIT Press, 1994), em especial, nesta obra, o articulado por Rosalind **Williams**, **The Political and Feminist Dimensions of Technological Determinism** (pp. 217/237), onde a autora, como boa historiadora, desconstrói a ideia de que a tecnologia determina a história, opondo outras condicionantes, como fatores sociopolíticos, econômicos, etc. (p. 218). Em resumo, o livro revela uma boa discussão sobre a importância do determinismo tecnológico, como uma perspectiva de compreensão da história.

baseada na sua lógica e nas suas próprias regras, decorrentes, nitidamente, do campo das ciências naturais. Como resultado, o desenvolvimento e a evolução da tecnologia (à semelhança do evolucionar da ciência) são independentes das influências sociais, nada obstante poder conformar uma *causa principal de mudança social*. O que levou o *determinismo tecnológico* a revelar-se como decisivo para explicar os fenômenos sociais e históricos¹⁷. O determinismo, na perspectiva do festejado antropologista norte-americano, Leslie Alvin White (1900/1975), revela que o sistema tecnológico é básico e primário, assim, os sistemas sociais são *funções* de tecnologias e revelam uma filosofia para expressar as forças tecnológicas e refletir sobre os sistemas sociais. Portanto, o fator tecnológico é determinante de um sistema cultural como um todo; ele determina, no contexto interrogado pelo investigador, a forma dos sistemas sociais, da tecnologia e da sociedade¹⁸. Observe-se, contudo, que ao determinismo tecnológico, reducionista por certo, contrapõe-se a teoria da *construção social da tecnologia*¹⁹, com o postulado construtivista que afirma que a ação humana é a responsável pela produção da tecnologia. Em cingida súmula, posso afirmar que os defensores da SCOT aceitam ou rejeitam uma tecnologia com o conhecimento ou sem ele da ciência que a produziu, a partir da ambiência do mundo social, por isso mesmo, não interessa aos investigadores simplesmente afirmar o que é “melhor” ou mais “útil”, ou benéfico para o corpo social, mas saber quem define o “melhor”, bem como, o “motivo” da escolha²⁰. Ambas as perspectivas não são imunes as mais diversas críticas. Aliás, a própria noção de técnica e, por suposto, de tecnologia, padece de precisão conceitual²¹. Neste sentido, *tecnologia*, com a aposição do *logos*

¹⁷ O termo “determinismo tecnológico”, na perspectiva de Barry Jones, foi cunhado pelo sociólogo e economista americano Thorstein Veblen (Jones, Barry. **Sleepers, Wake! Technology and the Future of Work**. Melbourne: Oxford University Press, 1990, p. 210).

¹⁸ White, Leslie A. **The Science of Culture: A Study of Man and Civilization**. New York: Grove Press, 1949, p. 366.

¹⁹ Em inglês, *social construction of technology*, com o acrônimo de SCOT, na perspectiva de que a tecnologia não pode ser compreendida e efetivamente utilizada fora de seu contexto sociocultural.

²⁰ Por todos, confira-se, David Bloor. **Knowledge and Social Imagery**. Chicago: Univ. of Chicago Press, 1991, p. 175-79. Bruno Latour. **Science in Action**. Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1987; e Trevor Pinch and Wiebe Bijker. **The Social Construction of Facts and Artefacts: or How the Sociology of Science and the Sociology of Technology Might Benefit Each Other**, em: **Social Studies of Science**, V.14, n. 3, ps. 399-441, 1984, texto que pode ser consultado no sistema *pay-per-view* em: <http://ssecs.sagepub.com/cgi/content/short/14/3/399>.

²¹ Observe-se que no grego, τεχνική, tanto se refere às artes como ao engenho humano, pois técnica é o uso que se faz de instrumentos, de ferramentas o que implica a habilidade e a inteligência

(λογία) a τεχνική, aparece, segundo os historiadores, no século XVIII significando o argumento ou a discussão ou razões sobre uma determinada *arte* ou “fazer”, o que evolui para um conjunto de conhecimentos articulados cujo objetivo demanda a satisfação das aspirações e necessidades humanas. Um dos mais importantes filósofos da tecnologia da atualidade, Langdon Winner, tem formulado uma crítica ácida à *teoria da construção social da tecnologia* e ao *determinismo tecnológico*, especialmente no seu trabalho *Upon Opening the Black Box and Finding It Empty: Social Constructivism and the Philosophy of Technology*²², onde esclarece que a tecnologia está inserida em uma ambiência distinta do exclusivamente social, pois ela importa uma substância corporificada para agir sobre o mundo²³, neste viés, as tecnologias têm seu significado político construído a partir da utilização social dos artefatos por ela produzidos, bem como das escolhas políticas relativas à sua presença na sociedade²⁴.

No entanto, tenho que qualquer seja a perspectiva adotada, são necessárias aproximações tanto ao *determinismo* quanto a *construção social da tecnologia*, não como condições imperativas, mas como protagonistas de um jogo de interações que se articulam na acomodação dos anseios sociais. Esta complexa *teia* desafia nossa compreensão e indica que qualquer tentativa de compreender teórica e analiticamente a relação entre tecnologia e sociedade deve levar em conta a influência definitiva da tecnologia no comportamento social e os resultados sociais do uso desta mesma tecnologia, pois ela é, em maior parte, decisiva em seus efeitos sobre o trabalho e sobre as instituições e corporações na sociedade. De outra forma, a noção de que uma política eficaz sobre as respostas tecnológicas importa em uma alteração social profunda, tem sido contestada, especialmente, tendo em vista que as tecnologias produzem “inovações” que implicam múltiplas posições acadêmicas, profissionais e empresariais que (e, estas sim!) determinam uma alteração profunda nos modelos sociais, portanto, *inovação* revela-se como modal de transformação sociocultural e, neste sentido, penso que só neste sentido, deva

humanas (Vesentini, José William. **Sociedade e Espaço: geografia geral e do Brasil**. São Paulo: Ática, 2005).

²² Confira-se, **Science, Technology, & Human Values**, Vol. 18, No. 3. (1993), pp. 362-378, que pode ser consultado pelo sistema *pay-per-view*, em: <http://www.jstor.org/pss/689726>.

²³ Winner, Langdon. Op. Cit., p. 364.

²⁴ Winner, Langdon. Op. Cit., p. 375.

ser concebida como *medida de cadência* do desenvolvimento sociotecnológico²⁵. Nesta linha, muitas são as concepções possíveis de tecnologia, assim como necessária, também, a permanente reconstrução dessas concepções. Neste passo, considero que a delimitação das expressões ciência, tecnologia, e até mesmo a de “inovação” e difusão desta, que ambas provocam, merecem especial atenção dos cultores das ciências sociais aplicadas, pois tanto ciência como tecnologia, como substantivos – isto é, como categorias de expressões com as quais designamos fenômenos, objetos de nossa atenção, sentimentos ou sensações percebidos, concretos ou abstratos, ações e reações – conotam diferentes significados segundo o contexto em que se inserem.

Relativamente à ciência, como conformação de um conjunto de proposições que expressam leis, objeto de valorações verossímeis sobre os eventos e objetos investigados, tem um particular endereço: a formatação de um conhecimento capaz de manejar a realidade percebida para logo depois transformá-la, replicá-la, relacioná-la com o social, o insocial, incluindo os corpos, o afetivo e emocional deles, o físico e o biológico e, ao fim e ao cabo, o biótico e o abiótico em estreita e indispensável relação²⁶. Relativamente à tecnologia, como conjunto complexo de

²⁵ Everett **Rogers** (1931/2004) em livro onde divulga sua teoria (**Diffusion of Innovation**, 4th edition. New York: Free Press, 1995) define inovação como uma ideia, prática ou objeto que é percebido como “novo” por um indivíduo ou sistema (p. 11), segundo Everett quatro elementos são importantes da *difusão*: (i) *inovação*; (ii) *comunicação e promoção da inovação*; (iii) *tempo/taxa de adoção do “inovador”*; (iv) *membros de um sistema social* definido como nicho de mercado. Staub, de outro modo vai afirmar que central a este conceito de inovação é a ênfase da novidade, da diferença e da mudança, não importando se a ideia, prática ou objeto é objetivamente novo, mas é a percepção da novidade. Ademais, a inovação não significa necessariamente algo “melhor” ou que a ideia nova é mais benéfica para o indivíduo (**Straub**, Evan T. **Understanding technology adoption: A review of theory and future directions for informal learning with technology**. Review of Education Research, 79(2), 2009, p. 625-649, que pode ser consultada on line pelo sistema *pay-per-view* no excelente site de SAGE Journals Online, in <http://rer.sagepub.com/cgi/reprint/79/2/625>).

²⁶ A ampliação intensa e sempre presente dos sistemas baseados em abordagens para a apreensão do mundo – a partir da modelação ecológica e cibernética, da informação ao caos, complexidade, sistemas dinâmicos não lineares, e as teorias de redes de vários tipos – franqueou ou abriu as ciências naturais em direção a um interesse na integração de fatos sociais e culturais, ademais de dar sentido à complexa e difícil medida do comportamento humano confrontado com as (também complexas!), questões globais de nosso tempo, neste sentido, podemos observar os estudos recentes sobre “biossemiótica” que nos têm levado ao reino da significação e da produção de sentido a partir, exempli gratia, do interior das células para os níveis exteriores de organização, para a sociedade, ou por outra, buscando significado das mensagens transmitidas, pois a biossemiótica intenta preencher esta lacuna, estudando o significado dos vários tipos de informações que são usadas pelos organismos vivos, incluindo sequenciamento do DNA, a sinalização celular, feromonas, a comunicação acústica, e outros (a propósito, consulte-se: Claus **Emmeche**. **The biosemiotics of emergent properties in a pluralist ontology**, em: **Taborsky**,

técnicas de um domínio particular inflexo no espaço sociocultural, necessária a permanente reconstrução de sua concepção, o que deve levar-nos a colher o sentido dos seus efeitos em contextos sociais específicos, *e.g.* variáveis comportamentais no desenvolvimento de produtos e serviços, na organização das sociedades, nas relações de produção e consumo, etc. Diferente aproximação na definição de tecnologia pode afastar qualquer proposta construtivista social, ou mesmo alijar um determinismo social, pois aí a tecnologia não tem qualquer referência como modal de comportamento induzido ou produzido pelo corpo social.

No que posso perceber, penso que tecnologia (ou *tecnologias*, o plural lhe cai melhor) não é – definitivamente – uma expressão de linguagem transparente, há um consortismo que aponta para o humano e para o artefato. Aí, uma nova variável se põe: tecnologia como sistema, ou integrante de sistemas tecnológicos acomodados no macrossistema sociocultural.

1.3. Tecnologia como sistema

A característica mais notável do mundo contemporâneo é que a tecnologia tem construído uma absorvente ambiência cujas fronteiras demarcam a (sobre)vivência da humanidade. Neste sentido, tecnologia envolve muito mais do que a multiplicidade de artefatos produzidos e que nos enreda em desejos de consumo, em necessidades previamente determinadas, pois ela não se revela tão somente em uma questão de objetos nas mãos das pessoas, ela adquire um contorno especial construindo uma rede muito complexa na qual o nosso cotidiano está incorporado. Tudo isto formata um hipercomplexo sistema. Assim, o caráter sistêmico da tecnologia contemporânea nos confronta com questões novas e inovadoras²⁷ exigindo, também, novas e inovadoras dimensões da

Edwina. **Semiosis, Evolution, Energy: Towards a Recognition of the Sign**. Aachen: Shaker Verlag, 1999, p. 89-108; ainda, Jakob Von **Uexküll. The Theory of Meaning**, que pode ser acessado pelo sistema de *pay-per-view* em: <http://www.reference-global.com/doi/abs/10.1515/semi.1982.42.1.25>; também, Jesper **Hoffmeyer, Signs of Meaning in the Universe (Advances in Semiotics)**. Bloomington/Indianapolis: Indiana University Press, 1966).

²⁷ Justifica-se distinguir em questões novas das inovadoras, pois nem sempre uma *nova* perspectiva sobre determinado tema será *inovadora*, ademais, a atividade inovadora, ao contrário do novo (um

responsabilidade humana. Através da intervenção tecnológica, as pessoas conseguiram praticamente eliminar uma variedade de ameaças naturais (a par de criar outras tantas). Pelo menos isso é verdade para partes prósperas do mundo, embora também aqui as forças da natureza possam impor uma inesperada quebra às barreiras de segurança de uma sociedade tecnológica²⁸.

Uma primeira abordagem para uma teoria unificada entre tecnologia e sociedade foi realizada em meados de 1980 por Thomas Parke Hughes, em sua teoria dos “sistemas de alta tecnologia”. Especificamente, esta abordagem dos estudos sociais da tecnologia considera que qualquer sistema tecnológico é composto por três componentes interligados: (i) artefatos ou tecnologia de base física, (ii) estruturas organizacionais (empresas, instituições financeiras, etc.), (iii) decisores políticos invasivos (do estado, governo, sociedade civil etc.)²⁹. Em todo caso, a partir destes componentes, penso que a evolução tecnológica caracterizada pela produção de sistemas complexos deve ser entendida como o resultado da indução de um processo de construção sociocultural e econômica, processo no qual participam inúmeros atores que desempenham diversificados papéis segundo o contexto que os exercem e o que *determina* este ou aquele comportamento. Esta abordagem tem como pontos de partida: (i) o desenvolvimento tecnológico resulta de complexas interações sociais submetidas a um *espaço de consenso* que busca a simetria dos

fenômeno, um objeto, ou o que aparece em sucessão como adjetivo, ainda, tudo o que é recente, atual, como substantivo) implica uma renovação (até mesmo de inovar o “novo”) que produza uma mudança significativa como ação ou processo em uma unidade social específica ou na sociedade integralmente considerada, ou segundo o direito brasileiro: *introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo ou social que resulte em novos produtos, processos ou serviços* (Brasil: Lei 19.973/2004, inciso IV do art. 2º).

²⁸ Cf., Sytse Strijbos, **Ethics and the systemic character of modern technology**, texto que pode ser consultado em: <http://www.akademik.unsri.ac.id/download/journal/files/scholar/STRIJBOS.PDF>.

²⁹ Hughes, Thomas Parke. **The evolution of large technological systems**, em: Wiebe E. Bijker, Thomas P. Hughes & Trevor Pinch (eds.), **The Social Construction of Technological Systems**. Cambridge, MA, & London: The MIT Press, 1987. A propósito, Hughes já havia esclarecido os sistemas técnicos (ao contrário das tecnologias isoladas) são trazidos à vida, e estendidos ao longo do tempo, sendo os ícones deste processo os denominados “construtores de sistemas” (*system-builders*), indivíduos, equipes ou, também, as instituições capazes não só de produzir inventos inovadores, mas ainda imaginar, construir e, concretizando, configurar conjuntos de técnicas, práticas, instituições e outros artifícios necessários para apoiar e sustentá-los. A escala de trabalho destes *system-builders* na construção do sistema exige habilidade e cuidado em registros múltiplos: técnica, mas também estrutura organizacional, social, institucional, etc., trabalhando em conjunto, não só as tecnologias e o mundo material, mas também as pessoas, organizações, valores, conhecimento, e expectativas (**Networks of Power: Electrification in Western Society, 1880-1930**. 2ª Reimpressão, Baltimore [Maryland]: Johns Hopkins University Press, 1988, p. 363-370).

projetos de poder de cada um dos agentes relacionados; (ii) o desenvolvimento tecnológico não se contém exclusivamente em um *determinismo reducionista*, mas sofre as influências de um *determinismo científico* que modela diversificados processos de investigação; (iii) o desenvolvimento dos artefatos da técnica não exclui a perspectiva do *construtivismo* e o do *determinismo* tecnológico, pois o policêntrico ambiente em que é produzido o desenvolvimento da ciência e da técnica os contém; (iv) o desenvolvimento tecnológico pressupõe um regime jurídico sobre a tecnologia desenvolvida nos mais diversos ambientes, no âmbito do Estado, do mercado e da sociedade, e se revela no uso do poder de coação do Estado na disciplina e limitação das decisões dos agentes, na intervenção e operação dos setores tecnológicos de qualquer tipo, para garantir-lhes os investimentos necessários, promover o bem-estar dos consumidores e usuários, tudo objetivando o incremento da eficiência econômica, e o suprimento das necessidades sociais³⁰.

2. Direito e Ciência na perspectiva da proteção ambiental

Tendo, deste modo, a entender conceitualmente o princípio do *determinismo tecnológico* como um *ponto doutrinário de partida* para o estabelecimento de um direito que rege o desenvolvimento tecnológico, não despregado das *condições sociais* em que é gestado, tudo isso conformando um *sistema hipercomplexo* onde ciência e seus apêndices (métodos) técnicos encontram na ambiência social um campo fértil para sua concretização e produção de efeitos positivos e ou negativos confrontados com os desejos e necessidades socioculturais. Ademais, impossível não pensar sobre a relação entre direito, ciência e tecnologia, como decorrente do

³⁰ De outro modo, a regulação pode ser um poderoso instrumento para intervir na repartição das responsabilidades e na prestação de contas das mesmas. Neste sentido *regulação* e *accountability* implicam simetria em seus resultados na prática da governança e das relações sociais. *Accountability* é uma expressão inglesa sem tradução para o vernáculo, contudo de riqueza semântica tão importante que podemos caracterizá-la como um princípio de transparência e confiabilidade nas ações: o princípio que os indivíduos, as organizações, as comunidades e o Estado estão comprometidos pelas suas ações e delas devem prestar contas; mas, ainda expressa responsabilidade com as decisões dos agentes sociais, políticos ou econômicos e a disponibilidade deles para contribuir na produção de um resultado esperado.

exame da regulamentação do sistema legal³¹ para o crescimento, desenvolvimento e implementação de sistemas tecnológicos.

O direito e a ciência estão entre as principais fontes de prestígio e poder nas sociedades modernas, assim como o ambiente institucional e a política³². O direito (no sentido mais amplo da ordenação jurídica) é a principal virtude das instituições sociais, porque regra, regula as relações entre as pessoas, inclusive as fictas. A ciência, por sua vez, nos dá a oportunidade de descobrir o mundo que nos rodeia e que interrogamos. Além disso, o poder político e a administração dão os subsídios necessários para entender os reclamos científicos e técnicos que buscam a máxima vantagem para determinados grupos da sociedade, ou, por vezes, para a sociedade como um todo; de outra parte, exigem e necessitam, mesmo, os tribunais, do maior número de informações possíveis sobre projetos, atividades ou a exposição de substâncias ou produtos que podem causar danos tanto para o ambiente, como para os seres humanos, condição de uma administração e prestação jurisdicional eficiente³³. Estas instituições, portanto, não funcionarão em paralelo, mas interligadas entre si, buscando a legitimidade das decisões públicas (políticas, administrativas e judiciais). Para atingir este objetivo, no entanto, há princípios claros por trás deles, para não prejudicar a capacidade de controlar o arbítrio (ou margem de discricionariedade) de um sobre o outro (em qualquer direção). Atente-se, que uma análise da relação entre a ciência e o direito, não ocorreu do mesmo modo nos dois lados do Atlântico-norte. Nos Estados Unidos revelou-se como uma área importante de debate teórico e da jurisprudência a

³¹ Confira-se, para uma análise detalhada, Eberhard **Bohne**, em **Langfristige Entwicklungstendenzen im Umwelt- und Technikrecht**, em: Eberhard **Schmidt-Aßmann** e Wolfgang **Hoffmann-Riem** (Hrsg.): **Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts**. Baden-Baden: Nomos 1999, p. 217 (com as cautelas devidas para o exame, dado o contexto em que o autor desenvolve o seu trabalho, isto é, a Diretiva 85/337/CEE do Conselho, de 27 de junho de 1985 (Directiva de alteração 97/11/CE do Conselho, de 3 de Março de 1997, relativa à avaliação das repercussões de determinados projetos públicos e privados sobre o meio ambiente, e ainda Directiva 2003/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Maio de 2003), bem como a expectativa [malograda] da edição do Projeto de Código Ambiental Alemão [UGB-KomE §§ 67-73]), cuide-se, ainda, que com a reforma constitucional de 2006, o federalismo alemão foi alterado substancialmente.

³² Confira-se, Sheila **Jasanoff**, **Law's Knowledge: Science for Justice in Legal Settings**, *American Journal of Public Health*, Vol. 95, 2005; em: <http://www.defendingscience.org/upload/JasanoffKNOWLEDGE.pdf>

³³ Cf., Carl F. **Cranor**, **Toxic Torts - Science, Law and the Possibility of Justice**. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2006, p. 1-2.

partir do momento da Independência, como salientado no excelente articulado de David Laurence Faigman, afirmando, “os autores da Constituição foram filhos do Iluminismo”, pois eles queriam trazer a ambiência da ciência ao texto legal³⁴. Em contrapartida, na Europa, o debate girou mais em torno da relação do direito com a política e a ideologia³⁵. A emergência, porém, de novos riscos ambientais, devido principalmente à ciência e suas aplicações, instou a teoria jurídica e jurisprudência europeia para investigar a relação entre ciência e direito³⁶. Além disso, as relações de entrelaçamento da ciência e do direito se reflete de maneira mais evidente nos textos de organizações internacionais que lidam com questões de proteção da saúde humana, meio ambiente e comércio internacional, daí que a Organização das Nações Unidas (UNEP, OMS, FAO, do Codex Alimentarius) e Organização Mundial do Comércio (OMC) vão abordar estas questões com base nas relações internas e externas da ciência e do direito³⁷.

³⁴ Cf. **Faigman, David, L., Laboratory of Justice: The Supreme Court's 200-Year Struggle to Integrate Science and the Law**, New York: Henry Holt, 2004, p. 364. Neste livro David Faigman lida com dilemas morais e políticos, revelando a tensão entre a natureza conservadora da lei e da rápida evolução do conhecimento científico. Há uma bem articulada narração de como funciona o direito constitucional e o tema dos precedentes, David conclui que o Supremo Tribunal “incorpora a ciência dos tempos em nossas leis hoje - às vezes a serviço dos fatos e da verdade, por vezes, a serviço da celeridade judicial”. Acaba por concluir que nas últimas décadas, o Tribunal tem sido confrontado cada vez mais por questões de fato, o casamento gay, o direito de morrer, a vida privada em uma sociedade de alta tecnologia, e o local da palavra “Deus” no Juramento de Lealdade, entre outras, como foi o caso nos últimos duzentos anos, muitas dessas batalhas descerão para a sensibilidade científica e individual dos juízes, para garantir as liberdades na América pós-tecnológica, Faigman argumenta, que o Tribunal deve abraçar a ciência ao invés de resistir a ela, virando-se para o laboratório, bem como ao precedente judicial.

³⁵ Uma notável articulação destas ideias está no trabalho de Brendan **Edgeworth, Law, modernity, postmodernity: legal change in the contracting state**. Hampshire, Ashgate, 2003.

³⁶ Cf., Jean **de Maillard** e Camille **de Maillard, La responsabilité juridique**, Paris: Flammarion, 1999, p. 50; também, Mary **Douglas** e Aaron **Wildavsky, Risk and culture: An essay on the selection of technological end environmental dangers**. Berkeley/ Los Angeles: University of California Press, 1983, p. 10.

³⁷ Sobre o tema, Theofanis **Christoforou, The Precautionary Principle, Risk Assessment, and the Comparative Role of Science in the European Community and the US Legal Systems**, in: Norman J. **Vig** e Michael G. **Faure** (eds), **Green Giants? Environmental Policies of the United States and the European Union**, Cambridge, MA/London: MIT Press, 2004, p. 17-51. Também, Sheyla **Jasanoff, Designs on Nature: Science and Democracy in Europe and the United States**, Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2005 (com ênfase nas questões relacionadas com a biotecnologia).

2.1. Direito, ciência, tecnologia e risco

Quando se faz referência entre direito e ciência, ou a relação entre direito, ciência e tecnologia, tem-se que, inarredavelmente, examinar o fenômeno do risco, da incerteza e da insegurança que o mesmo traz consigo. Risco socioeconômico da aplicação do direito, risco produzido pela natureza, risco produzido pelo desenvolvimento científico, risco tecnológico e os impactos diretos ou indiretos da técnica no ambiente, etc. Tem-se que risco é qualquer incidente que determine probabilidade de perigo, lesão, ou ameaça de lesão, dano, prejuízo ou malogro de condição estável. O risco acompanha à vida e faz parte dela envolvendo a todos, alguns – mais vulneráveis – de modo mais intenso; por isso, seguindo o já afirmando por José Esteve Pardo, penso que o *conceito de risco se obtém convencionalmente por contraposição ao de perigo*³⁸. A distinção é um tanto arbitrária, mas se justifica na distinção entre espécies de riscos: *naturais*, *induzidos*, *tecnológicos* e *socioculturais*. Entre os riscos naturais temos aqueles decorrentes de fatores abióticos e bióticos; entre os abióticos encontram-se os geológicos internos, são os riscos vulcânicos, sísmicos e os diapíricos entre outros, e os geológicos externos, como os riscos climáticos: temperaturas, ventos, precipitações e inundações, e os riscos erosivos: gravitacionais, costeiros e dunas, solos expansivos, etc., finalmente, os riscos cósmicos: meteoritos e atividade solar; entre os bióticos encontram-se os riscos por organismos: pragas, epidemias e outros. Entre os riscos induzidos encontram-se os riscos naturais induzidos pela atividade humana, como incêndios, contaminações industriais, transportes e comunicações e outros. Entre os riscos tecnológicos encontram-se os originados imediatamente pela ação antrópica e não ocorrem de forma natural. Os riscos socioculturais estão entre aqueles produzidos de modo mais direto pelos fatores sociais e culturais que envolvem as comunidades em determinados espaços, por concentrações humanas desordenadas, colapsos e bloqueios de serviços, atos de vandalismo e terrorismo. Todo o risco produz uma situação de perigo, de incerteza e de insegurança,

³⁸ **Técnica, Riesgo y Derecho – tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho Ambiental.** Barcelona: Ariel Derecho, 1999, p. 29.

reclama, pois, um tratamento jurídico fundado na prevenção ou na precaução. Em qualquer caso reclama regulação.

A ciência – enquanto um conjunto de proposições que expressam leis, objeto de valorações verossímeis sobre os eventos e objetos investigados – produz riscos, mas colabora, também, para eliminá-los ou, pelo menos, reduzir os seus efeitos. Para tanto, desenvolve meios, técnicas que induzem contramedidas aos riscos, no entanto, estas podem produzir outros agravos. Como se pode observar há uma circularidade de “matriz resistiva” cuja função de afirmação da verossimilidade da produção de uma consequência conduz à inferência necessária da veracidade de outra. Como resolver a questão? O direito pode cooperar para a solução. Risco implica responsabilidade, responsabilidade enquanto obrigação de responder pelo dano produzido tenha este como origem causa natural ou antrópica. Especialmente nos casos dos danos ambientais, responsabilidade política que reclama a decidida intervenção dos poderes públicos, não com uma orientação reparadora, mas de prevenção, de precaução, redução e, no possível, eliminação dos riscos³⁹, neste viés a importância da qualidade da regulação.

2.2. A qualidade dos modelos de intervenção

A *intervenção regulatória* do sistema jurídico de forma distinta, principalmente, pela sua natureza estática em relação à dinâmica da tecnologia, significa, nomeadamente, que o direito nacional e comparado, principalmente no continente europeu (foco deste ensaio), no âmbito regulamentar, concentra-se em uma função limitada de prevenção, particularmente em uma posterior supressão das consequências negativas do desenvolvimento tecnológico⁴⁰, contudo, os mecanismos precautórios ainda são insuficientes. A natureza estática que rege a intervenção regulatória do sistema jurídico, porém, é – de certo modo – resultado

³⁹ Pardo, José Esteve. **Técnica, Riesgo y Derecho – tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho Ambiental**. Barcelona: Ariel Derecho, 1999, p. 31.

⁴⁰ Confirma-se, Wolfgang Hoffmann-Riem e Jens-Peter Schneider, no sugestivo **Zur Eigenständigkeit rechtswissenschaftlicher Innovationsforschung. Annäherung an Gegenstand und Erkenntnisinteresse einer neuen juristischen Forschungsperspektive**. Em: Wolfgang Hoffmann-Riem e Jens-Peter Schneider (Hrsg.), **Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung – Grundlagen, Forschungsansätze, Gegenstands-bereiche**, Nomos Verlag Baden-Baden 1998, p. 405 (Volume 1 da Série sobre a Lei de Inovação Tecnológica).

do “*determinismo tecnológico*”, que é um *esquema de partida*. Daí, a tecnologia é percebida como um sistema fechado de conhecimento. E, o direito, em sua ação reguladora, vai coletar as informações necessárias sobre a aplicação e o impacto dos sistemas tecnológicos. Em particular, após a escolha da informação necessária e com o teste da experiência são estabelecidas as denominadas “*regras de flexibilidade*” (*Elastische Regeln*)⁴¹, na qual a especificação é definida, bem como as normas relativas à compatibilidade ambiental (por exemplo, limites de emissões – no caso *e.g.* do protocolo de Kyoto), mas também a segurança de determinados sistemas tecnológicos (por exemplo, plantas industriais) e de produtos são articuladas. Em um sistema de regulação a adoção de medidas de proteção na forma da cláusula geral do *estado da técnica* [ou do *estado da arte*] (*Stand der Technik*)⁴², fornece as melhores garantias técnicas para proteger o meio ambiente, garantir eficiência aos processos produtivos e assegurar o cumprimento das especificações previamente definidas. No direito germânico, o assunto está pacificado quanto à relação entre evolução tecnológica e a incorporação social dos

⁴¹ Para o problema das “regras flexíveis”, ver Klaus Vieweg, **Reaktionen des Rechts auf der Technik Entwicklungen**; e, Reinhard Stransfeld, **Regelungen und in der Informationstechnik Telekommunikation-Innovationshemmnisse durch Recht**; ambos textos em: Martin Schulte (Hrsg.), **Technische Innovation und Recht - Antrieb oder Hemmnis?** Heidelberg: Muller, 1997, pp. 35 e segs. e 167 e segs., respectivamente.

⁴² *Stand der Technik*: entwickeltes Stadium der technischen Möglichkeiten zu einem bestimmten Zeitpunkt, soweit Produkte, Prozesse und Dienstleistungen betroffen sind, basierend auf entsprechenden gesicherten Erkenntnissen von Wissenschaft, Technik und Erfahrung (*Estado da técnica* [arte]: fase de desenvolvimento da capacidade técnica em um determinado momento em relação aos produtos, processos e serviços em causa, com base em descobertas da ciência, tecnologia e experiência. Tradução livre), in, DIN (*Deutsches Institut für Normung*) EN 45020:2006 - Normung und damit zusammenhängende Tätigkeiten, 1.4, - Allgemeine Begriffe - ISO/IEC Guide 2:2004). Cf. em particular o § 3 Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundes-Immissionsschutzgesetz - BImSchG) na versão publicada em 26 de Setembro de 2002 (BGBl. I S. 3830), alterado pelo artigo 7º da Lei de 6 de Janeiro de 2004 (BGBl. I S. 2): Begriffsbestimmungen [pode ser consultada no site do Ministério da Justiça da Alemanha [Das Bundesministerium der Justiz] em: <http://www.gesetze-im-internet.de/bimsg/>]. Atente-se que o impreciso conceito jurídico *Stand der Technik*, relativamente à regulação tecnológica, definido em muitas leis ambientais como o principal critério para medidas preventivas, é especializado na emissão de normas gerais, ou regulamentos em sentido amplo. Os atos regulamentares adotadas normas técnicas específicas ou limites de emissão com base nas mais modernas tecnologias existentes, como registrado em grande parte, os institutos e organizações privados em regras técnicas. Veja em especial Jörn Heimlich, **Der Begriff “Stand der Technik” im deutschen und europäischen Umweltrecht**, em *Natur und Recht - Zeitschrift für das gesamte Recht zum Schutze der natürlichen Lebensgrundlagen und der Umwelt*, 1998, vol. 11, p. 582 e segs; também, Gertrude Lübke-Wolff, **Ist das Umweltrecht technikorientiert zu?** Em: Erik Gawel e Gertrude Lübke-Wolff (Hrsg.), **Effizientes Umweltordnungsrecht: Kriterien und Grenzen**, Baden-Baden: Nomos, 2000, p. 99 e 102 e segs.

seus resultados, para tanto dispõe de três matrizes bem identificadas: as *regras da técnica geralmente aceitas* [ou admitidas] (*allgemein anerkannten Regeln der Technik*⁴³), de natureza gremial, assemelham-se as *regulae artis*, reconhecidas pelos profissionais e técnicos na ambiência a que se destinem; as reconhecidas, como já referidas, regras do *estado da técnica [arte]* (*Stand der Technik*⁴⁴), especialmente dedicadas à proteção ambiental e oferecendo o quadro normativo (aberto) para o desenvolvimento tecnológico em matéria de proteção ambiental; finalmente, o quadro da cláusula geral *do estado da ciência e da técnica* (*Stand der Wissenschaft und Technik*⁴⁵)⁴⁶. Todas essas normas objetivam assegurar o cumprimento das especificações técnicas necessárias para o desenvolvimento

⁴³ Observe-se que o Código Penal alemão (*Strafgesetzbuch*) no seu § 319 comina pena de até cinco anos ou multa, para aquele que contraria as *allgemein anerkannten Regeln der Technik* no planejamento, gestão ou execução de uma construção ou demolição de um edifício. (Cf. o *Strafgesetzbuch* § 319, in, http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_319.html); de outro modo, a Lei Federal de Mineração da Alemanha (*Bundesberggesetz*, BBergG) nos seus § 16 (3), 2; § 56 (1), 2; § 133 (1), 2 exige a observância das *allgemein anerkannten Regeln der Technik* para as licenças de operação e autorizações para as atividades de mineração (cf., <http://www.gesetze-im-internet.de/bbergg/BJNR013100980.html>).

⁴⁴ No § 3 da Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) o estado da técnica é definido: „*Stand der Technik im Sinne dieses Gesetzes ist der Entwicklungsstand fortschrittlicher Verfahren, Einrichtungen oder Betriebsweisen, der die praktische Eignung einer Maßnahme zur Begrenzung von Emissionen in Luft, Wasser und Boden, zur Gewährleistung der Anlagensicherheit, zur Gewährleistung einer umweltverträglichen Abfallentsorgung oder sonst zur Vermeidung oder Verminderung von Auswirkungen auf die Umwelt zur Erreichung eines allgemein hohen Schutzniveaus für die Umwelt.*“ (“Estado da técnica [arte] para os fins desta Lei é o desenvolvimento de processos avançados, equipamentos ou métodos operacionais, da adequação prática de uma medida para limitar as emissões para o ar, a água e o solo, para garantir a segurança das instalações, para assegurar uma gestão ambientalmente correta, ou para evitar ou reduzir impactos sobre o meio ambiente para alcançar um nível geral elevado de proteção do ambiente.” Tradução livre).

⁴⁵ Observe-se que Lei sobre o uso pacífico da energia nuclear e proteção contra os riscos [Energia Atômica] (*Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren* – Atomgesetz - AtG) no seu § 4 (2), 3, determina a observância do *estado da ciência e da técnica* no transporte de combustível nuclear; o § 5 (5), determina no caso de custódia de combustível nuclear, o governo utilize-se do *Stand der Wissenschaft und Technik*, de igual forma para o armanejamento de combustível nuclear (§ 6 (2), 2, assim como o § 7, (2), 3, para aprovação da instalação de usinas nucleares é claro ao determinar: „*die nach dem Stand von Wissenschaft und Technik erforderliche Vorsorge gegen Schäden durch die Errichtung und den Betrieb der Anlage getroffen ist*“ (“sejam tomadas as precauções necessárias, segundo o grau de desenvolvimento alcançado pela ciência e técnica, contra danos causados pela construção e funcionamento da usina” – Tradução livre), confira-se o texto legal em: <http://www.gesetze-im-internet.de/atg/BJNR008140959.html>.

⁴⁶ Cf. o excelente trabalho de Peter **Marburger**, professor da Universidade de Trier, em: **Die Regeln der Technik im Recht**, Köln: Carl Heymann Verlag, 1979, pp. 31, 155, 157, 159, 162-169, 439, 464-467.

tecnológico e implantação das inovações técnicas como ferramentas de intervenção direta (comando e política de controle) ⁴⁷.

As primeiras licenças para determinados centros industriais, precárias, incluindo a instalação e operação representava (e ainda, em determinados casos representa) um risco significativo para a saúde humana, entre outras, a manipulação de produtos químicos e de metais, neste sentido, a necessária proteção ambiental e humana deve ser bem definida em um regime regulatório complementado pela *vigilância* durante a operação, mas também pela imposição de *condições adicionais*, bem como *sanção* pela falta de cumprimento dos requisitos específicos à introdução de novas normas técnicas. Estes instrumentos de regulação da intervenção direta contribuíram significativamente para a prevenção e em particular para combater os efeitos negativos da tecnologia, e como resultados de natureza vinculativa garantiram o cumprimento efetivo das normas de uma rede (por exemplo, limites de emissão, requisitos técnicos de segurança) para proteger a saúde e o meio ambiente⁴⁸. A existência de instrumentos protetivos de uma sociedade desenvolvida sobre o impacto ambiental, todavia, não é suficiente para total defesa dos interesses ambientais. É por isso que a constatação de qualquer impacto ambiental adverso inclui tanto a possibilidade de ocorrência de perigos que não são facilmente reversíveis, quanto torna difícil conseguir impedir ou lidar com eles, porque eles podem estar conectados pela retirada ou modificação de um estado lesivo, percebido de modo diverso pelas comunidades envolvidas, para a introdução no mercado de novas tecnologias a serem absorvidas por essas mesmas comunidades. Por outro lado, a constatação da falta de compatibilidade com o

⁴⁷ Observem-se as principais diferenças entre os instrumentos de regulamentação do direito, instrumentos de intervenção direta, como as licenças, e a assistência indireta, tais como instrumentos econômicos, de fomento ou incentivo; confira-se, Rüdiger **Breuer**, **Umweltschutzrecht**, in: Eberhard **Schmidt-Aßmann** e Friedrich **Schoch** (Hrsg.), **Besonderes Verwaltungsrecht**, 14. Auflage, Berlin - New York, 2008, p. 591-774; Michael **Kloepfer**, **Umweltrecht**, Berlin 1998, p. 200 s. e 264 e seguintes, e Gertrude **Lübbe-Wolff**, **Instrumente des Umweltrechts Leistungsgrenzen und Leistungsfähigkeit**, em: *Verwaltungszeitschrift Neue (NVwZ)* 2001, p. 481 (especialmente, p. 483 e segs.)

⁴⁸ Atente-se que no final dos anos 70, a Alemanha já havia obtido enorme sucesso com modelos de regulação de intervenção direta na prevenção e em particular para combater os impactos ambientais (cf., Andreas **Fisahn** e Wolfram **Cremer**, **Implementation und Diskussion neuer Instrumente umweltrechtlicher in Deutschland - Eine im Chronologie Kontext gesamtgesellschaftlicher Entwicklungen**, em: **Fisahn A. r Cremer W.** (Hrsg.), **Jenseits der marktregulierten Selbststeuerung-Perspektiven des Umweltrechts**, Berlin: Rhombos Verlag, 1997, p. 12 e segs.).

ambiente de uma nova tecnologia, por não cumprir esses requisitos, não pode permitir a introdução delas no mercado, mesmo sob o argumento de repor o investimento feito para isso. Portanto, este modelo de regulação usando as ferramentas de intervenção direta (comando e controle da política) para controlar a compatibilidade ambiental de tecnologias avançadas não é eficaz se destituído do *princípio da eficiência econômica* (*Ökonomische Effizienz*)⁴⁹, que constitui um importante parâmetro para a escolha de ferramentas adequadas de regulamentação. Por conseguinte, esta breve análise confirma, em parte, a conclusão segundo a qual a ação regulatória que surgiu a partir do determinismo tecnológico e, principalmente a que se utiliza de ferramentas de intervenção direta, se distingue pela sua natureza estática em relação ao desenvolvimento tecnológico. Além disso, elas só podem oferecer um efeito corretivo em uma longa cadeia de decisões, fora da influência legislativa e administrativa e judiciária.

A questão aqui é saber se o direito pode ampliar o alcance da regulamentação relativamente às condições de origem e desenvolvimento de sistemas tecnológicos. Esse alargamento no âmbito do direito ambiental deve revelar-se como uma área importante da ordem jurídica destinado a proteger o ambiente contra as consequências das atividades humanas, em grande parte relacionadas com a implementação e operação de sistemas de tecnologia. Também no campo do denominado direito da tecnologia (*Technikrecht*, em língua inglesa, *Technical Law*)⁵⁰ é emergente uma regulação que induza a melhor escolha de mecanismo de

⁴⁹ Sobre o princípio da eficiência econômica como princípio de direito público, importantes os estudos incluídos na obra coletiva que foi editada por Wolfgang **Hoffmann-Riem** e Eberhard **Schmidt-Aßmann**, inclusive pelos editores, **Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht**, Baden-Baden: Nomos Verlag, 1998. Para implementar o princípio da eficiência econômica no direito ambiental ver Gabriele **Britz**, **Im Umweltrecht Spannungsverhältnis zwischen ökonomischer Effizienz und dem Verfassungsrecht**, in: *Die Verwaltung* (Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaften, Berlin: Duncker & Humblot) 1997, vol. 30, p. 130 e segs. Também, Erik **Gawel**, **Effizientes Umweltordnungsrecht-Leistung und Grenzen aus ökonomischer Sicht**, em: Erik **Gawel** e Gertrude **Lübbe-Wolff** (Hrsg.), **Effizientes Umweltordnungsrecht: Kriterien und Grenzen**, Baden-Baden: Nomos, 2000, p. 24 e segs.

⁵⁰ Para o âmbito de regulamentação e qualitativas características do *direito da tecnologia* como um ramo autônomo do direito e da ordenamento jurídico, ver Klaus **Vieweg**, **Technik und Recht**, in: Klaus **Vieweg** und Wilhelm **Haarmann**, **Beiträge zum Wirtschafts-, Europa- und Technikrecht – Festgabe für Rudolf Lukes zum 75 Geburtstag**. Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 201-216. Note-se que o Rudolf **Lukes** é considerado o precursor do *direito da tecnologia* (*Technikrecht*) na teoria jurídica alemã; confira-se em especial o artigo que escreveu sob o título **Biotechnologie und Recht - Die Sicht des Rechts der Technik**, na ilustrada obra que organizou, **Gefahren und Gefahrenbeurteilungen im Recht: Rechtliche und technische Aspekte von Risikobeurteilungen, insbesondere bei neuen Technologien**, publicado pela

proteção ambiental não divorciado das exigências científicas, na margem relativamente ampla do recém-criado setor dentro da totalidade das quais dizem respeito a vários aspectos e formas de desenvolvimento tecnológico. Estas modalidades se dividem em duas categorias básicas: a primeira categoria inclui os acordos que, considerando a natureza relativamente autônoma de tecnologia, propende criar condições favoráveis para o surgimento de inovações tecnológicas e impulsionar ou promover o desenvolvimento tecnológico em geral (*Technikförderung*), como o regime de garantia de patente de várias invenções tecnológicas (*Patentrecht*); a segunda, de medidas que estabelecem determinadas condições ou limitações sobre o crescimento da tecnologia (*Technikbegrenzung*), para atender ao interesse público, tais como a proteção do ambiente e dos dados pessoais e segurança dos trabalhadores, entre outras. À luz deste conteúdo normativo, o denominado direito da tecnologia, em grande medida, opera em conexão com o direito ambiental para a proteção contra os efeitos adversos dos sistemas tecnológicos, todavia, para responder se o âmbito regulamentar pode ser eficaz nos estágios iniciais de desenvolvimento de sistemas tecnológicos, torna-se necessário utilizar os resultados do ramo especial da ciência social que lida com as circunstâncias da investigação da gênese da tecnologia (*Technikgeneseforschung*)⁵¹. Desta forma, portanto, clara a necessidade de uma abordagem multidisciplinar para resolver problemas complexos, tais como a proteção do ambiente e, conseqüentemente, o estabelecimento de uma cooperação interdisciplinar como um método básico para resolvê-los. Então, o que deve se seguir é uma breve apresentação das mais recentes descobertas sociológicas, que, em parte, invalida a afirmação do princípio de *determinismo tecnológico* como um desvio doutrinário e pode defender a expansão de iniciativas legislativas e administrativas da intervenção regulamentar.

Stiftung Gesellschaft für Rechtspolitik, em simpósio em Bitburger no ano de 1986. Importante, também o trabalho de Udo **di Fabio**, **Technikrecht: Entwicklung und kritische Analyse**, em: Klaus **Vieweg** (Hrsg.), **Techniksteuerung und Recht**, Köln: Heymanns 2000, p. 9 e segs.

⁵¹ Confira-se, em relação a este especial segmento da ciência sociológica Weert **Canzler** e Meinolf **Dierkes**, **Innovationsforschung als Gegenstand der Technikgeneseforschung**, in: Wolfgang **Hoffmann-Riem**, e Jens-Peter **Schneider** (Hg.), **Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung. Grundlagen, Forschungsansätze, Gegenstandsbereiche**, Baden-Baden: Nomos, 1998, pp. 63-84, especialmente p. 65 e segs.

3. Desenvolvimento tecnológico e valor das escolhas

As descobertas recentes da sociologia que lida com as circunstâncias da gênese dos sistemas tecnológicos mostram que o nascimento, crescimento e desenvolvimento de sistemas tecnológicos não acontecem no interior de uma “caixa preta” apenas seguindo suas próprias leis. Em contraste com as afirmações dos teóricos do *determinismo tecnológico*, este processo, ou o “produto” do mesmo, ou seja, os sistemas tecnológicos são, em certa medida, a resposta para determinadas necessidades sociais, ademais de imperativos de valor e o resultado de escolhas específicas⁵². Muitas vezes, revela-se, também, como um meio para atingir interesses econômicos específicos⁵³. Em particular, portanto, presume-se que estas opções em relação à forma, função e uso de vários sistemas tecnológicos, que ocorrem nas primeiras fases de evolução definidas pela maior parte dos critérios e objetivos específicos, social, cultural e econômico; ademais dos critérios adotados pelas instituições envolvidas neste processo. Por conseguinte, é possível e admissível, com base em resultados empíricos das pesquisas sociológicas, considerar o desenvolvimento de sistemas tecnológicos, em parte, como um processo social⁵⁴ que leva em conta a tecnologia como sistema⁵⁵. Como exemplo para ilustrar o papel das influências sociais sobre a gênese e a evolução de um sistema veja-se o caso da biotecnologia⁵⁶; especificamente, o debate tomou e está tomando lugar sobre a viabilidade e o impacto da biotecnologia que tem sido a força motriz por trás da criação de mecanismos tais como testes genéticos, que

⁵² Daí que tomo o determinismo tecnológico apenas como ponto doutrinário de partida, não descuidando qualquer seja a perspectiva adotada, que são necessárias aproximações tanto ao determinismo quanto a construção social da tecnologia (ver *supra*).

⁵³ Confira-se, Trevor **Pinch** e Wiebe **Bijker**, **The Social Construction of Facts and Artefacts: or How the Sociology of Science and the Sociology of Technology might benefit each**, em: **The Social Construction of Technological Systems: New Directions in the Sociology and History of Technology**, Cambridge, MA, London: The MIT Press. 1987, p. 34.

⁵⁴ Para o tema, ademais do já indicado, confira-se, Peter **Seeger** e Herbert **Kubicek**: **Techniksteuerung und Koordination der Technisierung als Themen sozialwissenschaftlicher Technikforschung**, em: Herbert Kubicek e Peter Seeger (Hrsg.), **Perspektiven der Techniksteuerung: interdisziplinäre Sichtweisen eines Schlüsselproblems entwickelter Industrie-gesellschaften**. Berlin: Sigma, 1993, p. 9-37.

⁵⁵ Confira-se a subepígrafe 1.3, *supra*.

⁵⁶ Confira-se mais detalhes sobre a influência do debate social sobre o uso e a difusão da biotecnologia em Rudolf **Steinberg** e Daniel **Schütze**, **Umweltverträgliche Technikgestaltung durch Recht**, *KritV* (Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft) 81 (1998), p. 259.

monitoram o andamento da liberação de organismos geneticamente modificados. Mas, deve ser notado que a visão do desenvolvimento tecnológico como um processo social não deve ser identificada como um determinismo social sem limites durante este processo⁵⁷. A aceitação de uma universal e fundamental influência social no desenvolvimento e evolução dos sistemas tecnológicos é irracional e sem fundamento, porque ignora a realidade da gênese e evolução dos sistemas tecnológicos. É comumente aceita a ideia que a criação e desenvolvimento de sistemas tecnológicos são “causas” de suas próprias necessidades⁵⁸, são decorrentes, em substancial parte, das regras das ciências naturais. Por outro lado, a existência de determinados fatores endógenos, que são regidos exclusivamente por normas próprias e que são em grande parte determinantes para a funcionalidade (*Funktionsfähigkeit*) e eficiência (*Technikeffizienz*) dos sistemas de tecnologia, demonstram a natureza apenas parcialmente autônoma do desenvolvimento tecnológico⁵⁹, por outro lado, marca os limites e o alcance dos impactos dos vários valores socioculturais e critérios no desenvolvimento de sistemas tecnológicos⁶⁰. Em conclusão, então, a visão do desenvolvimento tecnológico como um processo sistemático, não apenas sujeito às leis físicas, mas resultado da definição e escolha de valores específicos das pessoas envolvidas neste processo abre novos espaços para o controle e o direito regulamentar (da regulação). Neste sentido, necessária uma análise do sistema legal no âmbito da regulação na fase da gênese dos sistemas tecnológicos, a fim de reforçar o desenvolvimento de tecnologias respeitadoras do ambiente e evitar a ocorrência de efeitos adversos.

⁵⁷ A fundação da aceitação de um “ultradeterminismo social”, cujo principal representante nos processos industriais e econômicos foi o Herbert Marcuse (1898/1979), foi mostrado em detalhe por Jürgen **Habermas**, em **Theorie und Praxis**, 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982, p. 348 e segs; especialmente para a demonstração da razoabilidade de retificar a aceitação de um determinismo puro social na gênese e desenvolvimento de sistemas tecnológicos.

⁵⁸ Sobre o tema confira-se, Alexander **Roßnagel**, **Ansätze zu einer rechtlichen Steuerung des technischen Wandels**, em: Peter **Marburger** (Hrsg.), **Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 1994**, Düsseldorf: Decker, 1994, 425-461, especialmente, p. 427 e 433.

⁵⁹ Confira-se, Meinolf **Dierkes**, Weert **Canzler**, Lutz **Marz** e Andreas **Knie**, **Politik und Technikgenese**, em: **Verbund Sozialwissenschaftliche Technikforschung. Mitteilungen**, 15 (1995), p. 7-28, especialmente, p. 12.

⁶⁰ Para mais detalhes sobre os limites da regulamentação em estágios iniciais de desenvolvimento de sistemas tecnológicos, Rudolf **Steinberg** e Daniel **Schütze**, **Umweltverträgliche Technikgestaltung durch Recht**, *KritV* (Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft) 81 (1998), p. 263-267.

4. O modelo de “autorregulação adequada” (regulada) como uma referência de base doutrinária para o alargamento do âmbito de aplicação do direito

A utilização dos resultados dos estudos das ciências sociais sobre as origens dos sistemas de tecnologia permite observar o alargamento do âmbito do sistema jurídico nos estágios iniciais de desenvolvimento científico-tecnológico. Como é prontamente aceito por vozes importantes na teoria jurídica germânica⁶¹, no campo do direito ambiental e do denominado direito da tecnologia, ou direito tecnológico, a ampliação do âmbito de aplicação do direito destina-se a contribuir para o crescimento e desenvolvimento de sistemas tecnológicos que servem a objetivos socialmente aceitáveis, essas metas devem estar conectadas e ser declaradas como de proteção do ambiente, dos dados pessoais e da segurança no trabalho, entre outros, portanto, essa intervenção regulamentar, usando as ferramentas adequadas, mostra extraordinários benefícios para impedir significativamente o aparecimento de vários efeitos secundários adversos⁶². Ademais, pode contribuir para a obtenção de resultados positivos e garantir a aceitação da tecnologia, pois durante o seu desenvolvimento foram tidos em conta específicos imperativos socioculturais e econômicos. A questão aqui diz respeito com a qualidade do modelo de intervenção reguladora e, em particular, os instrumentos legais com os quais o direito vai orientar a sua adequação regulamentar confrontado com desenvolvimento, eventualmente precoce, de sistemas tecnológicos.

A resposta é no sentido que os instrumentos de *intervenção direta* nos primeiros estágios de desenvolvimento de sistemas tecnológicos não são nem desejáveis nem viáveis. Em particular, os instrumentos de intervenção direta, reprise-se, nos primeiros estágios de desenvolvimento de sistemas tecnológicos são, provavelmente, uma tentativa de “orientação” e “decisão” do desenvolvimento tecnológico e, assim, reduzir o seu desenvolvimento, porque de alguma forma

⁶¹ Cf., Alexander **Roßnagel**, **Ansätze zu einer rechtlichen Steuerung des technischen Wandels**, em: Peter **Marburger** (Hrsg.), **Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 1994**, Düsseldorf: Decker, 1994, p. 425-461, especialmente, p. 433. Também, Rudolf **Steinberg** e Daniel **Schütze**, **Umweltverträgliche Technikgestaltung durch Recht**, KritV (Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft) 81 (1998), p. 267.

⁶² Cf., Rudolf **Steinberg** e Daniel **Schütze**, op. cit., p. 262.

pensado como lesivo, logo, inadmissível, pois amordaça o conhecimento e criatividade humana, daí revelar-se como prática indesejável⁶³. Os instrumentos de intervenção direta são apropriados apenas para um controle *ex post* de compatibilidade socioambiental. Em contrapartida, uma dogmática de intervenção regulatória direta que tenha como ponto de partida um quadro superior de exigências para o processo de autorregulação não formata um modelo de regulação adequado. Embora a escolha de um modelo de regulação leve em conta as especificidades e a natureza do desenvolvimento tecnológico, como elementos de um subsistema autônomo, não pode pretender regulamentar as fases iniciais do processo de desenvolvimento tecnológico⁶⁴. Os instrumentos de regulação que podem ser usados nas fases iniciais da gênese e desenvolvimento de sistemas tecnológicos têm referências claras nas perspectivas jurídicas e sociológicas, para os modelos propostos de autorregulação, tendo em conta a natureza parcialmente autônoma de sistemas sociais diferentes, como a economia e a engenharia. A intervenção regulamentar do Estado, respondendo e induzindo um modelo de autorregulação, deve apenas assegurar um *quadro de garantias* que afiancem um equilíbrio de forças e interesses entre a produção tecnológica e os anseios e necessidades socioambientais e econômicas envolvidos no processo de autorregulação⁶⁵.

Deste modo, tendo em conta um modelo de autorregulação como um modelo adequado, que induz a intervenção do Estado na garantia de uma paridade de armas, necessária a reflexão sobre as ferramentas regulatórias que podem ser usadas nos estágios iniciais de desenvolvimento dos sistemas tecnológicos,

⁶³ Peter J. Tettinger, **Verfassungsrecht und Techniksteuerung**, em: Klaus Vieweg (Hrsg.), **Techniksteuerung und Recht**, Köln: Heymanns 2000, p. 297 e segs.

⁶⁴ Para estabelecer a pertinência de um modelo de autorregulação para moldar os sistemas tecnológicos, tendo em conta as aspirações sociopolíticas específicas, na perspectiva da ciência política e da sociologia, ver, Georg Simonis: **Macht und Ohnmacht staatlicher Techniksteuerung. Können Politik und Staat den Kurs eines Technisierungsprozesses heute wirklich noch beeinflussen**, em: Herbert Kubicek e Peter Seeger (Hrsg.), **Perspektiven der Techniksteuerung: interdisziplinäre Sichtweisen eines Schlüsselproblems entwickelter Industriegesellschaften**. Berlin: Sigma, pp. 46 e 51; na perspectiva da ciência jurídica, ver, Rudolf Steinberg e Daniel Schütze, op. cit., p. 261 e 262.

⁶⁵ Para mais detalhes sobre a qualidade dos modelos de autorregulação em Direito Público, cf., Wolfgang Hoffmann-Riem, **Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen. Systematisierung und Entwicklungsperspektiven**, em: Wolfgang Hoffmann-Riem e Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), **Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen**, Baden-Baden: Nomos, 1997, p. 267 e 288 e segs.

contudo, atente-se que esses instrumentos de regulação não são uniformes em todo o processo de gênese e evolução dos sistemas tecnológicos, mas nas várias fases deste processo, mais especificamente, nas seguintes etapas: (i) o estado do conhecimento, (ii) a concepção ou invenção, (iii) a inovação e (iv) a difusão⁶⁶. Em seguida, importante a demonstração que os instrumentos de regulação são os estágios da inovação e da difusão de novos sistemas tecnológicos, onde o alcance do sistema jurídico é bastante generalizado.

4.1. A intervenção regulatória do sistema jurídico nas fases iniciais dos sistemas tecnológicos

O primeiro passo no desenvolvimento de sistemas tecnológicos difere do livre jogo das forças da criatividade humana. O desenvolvimento das leis naturais não pode ser programado ou dirigido. Os resultados da pesquisa sobre a descoberta do conhecimento são, portanto, mais abertos, por conseguinte, a própria investigação poderia ser descrita como um processo que é, basicamente, liberado de metas e objetivos⁶⁷. Isto implica, nomeadamente, que os fins específicos para os quais é possível utilizar uma descoberta da investigação são frequentemente ignorados no início, por outro lado, porém, de notar que a criatividade e o engenho humano

⁶⁶ Para maior aprofundamento consulte-se, Weert **Canzler** e Meinolf **Dierkes**, **Innovationsforschung als Gegenstand der Technikgeneseforschung**, in: Wolfgang **Hoffmann-Riem**, e Jens-Peter **Schneider** (Hg.), **Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung. Grundlagen, Forschungsansätze, Gegenstandsbereiche**, Baden-Baden: Nomos, 1998, p. 65.

⁶⁷ Aqui, pode ser vista a fonte da liberdade de investigação científica como um direito implexo e poliédrico em cujas faces podem-se observar uma dimensão negativa ou de autonomia, uma dimensão prestacional, bem como uma coletiva ou social, ele compreende atuações desenvolvidas por pessoas individuais, seus titulares originários, bem como ações dos poderes públicos, marcadas pelas políticas de fomento em favor do titular e em benefício da sociedade. É um direito marcadamente constitucional e também internacional ao teor do PIDESC de 1966 (reproduzindo similar disposição da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948), que impõe aos Estados signatários o dever de “*respeitar a indispensável liberdade para a investigação científica e para a atividade criadora*”, bem como assegurar as condições “*necessárias para a conservação, o desenvolvimento e a difusão da ciência e da cultura*”, pois toda pessoa tem o direito de “*gozar dos benefícios do progresso científico e suas aplicações*”. (Sobre o tema, em direito alemão, consulte-se, principalmente, Martin **Hochhuth**, **Die Meinungsfreiheit im System des Grundgesetzes**, Tübingen: Mohr Siebeck, 2007 [neste livro o autor entende que *a interpretação da Constituição deve sempre levar em conta a sua arquitetura integral, e neste desenho arquitetônico é forte a dinâmica de certas liberdades, especialmente a liberdade intelectual*]); também, Johann **Bizer**, **Forschungsfreiheit und informationelle Selbstbestimmung - gesetzliche Forschungsregelungen zwischen grundrechtlicher Förderungspflicht und grundrechtlichem Abwehrrecht**. Baden-Baden: Nomos-Verl, 1992.

provêm de incentivos tais como o reconhecimento e o lucro, o que certamente não afeta diretamente no seu resultado⁶⁸. Assim, enquanto a manipulação direta da atividade de pesquisa não é viável, nem desejável, a influência social indireta sobre a atividade de investigação deve ser presumida⁶⁹. Mais especificamente, a orientação da atividade de investigação é, em certa medida, o resultado de uma decisão sobre a eleição dos instrumentos de pesquisa existentes. O papel do direito nesta fase inicial é muito limitado. Mais especificamente, a intervenção regulatória se limita a estabelecer uma decisão-quadro relativa à repartição dos fundos de investigação para a pesquisa básica (*Grundlagenforschung*⁷⁰), que serão considerados, incluindo as condições do processo de pesquisa para atender desejados padrões socioculturais⁷¹. Estabelecer tal decisão-quadro sobre a concessão de fundos para a investigação quer na União Europeia ou nos Estados-nação europeus, não deve ser caracterizado como uma intervenção direta no processo de descoberta do conhecimento, mas pretende facilitar o financiamento de pesquisas específicas nos programas de desenvolvimento de tecnologias alternativas⁷².

⁶⁸ Cf., Hans **Lenk**, *Zur Sozialphilosophie der Technik*, Berlin: Suhrkamp Verlag, 1982; especialmente, *Zum Stand der Verantwortungsdiskussion in der Technik*, em: Hans **Lenk**, (Hrsg.): *Zwischen Wissenschaft und Ethik*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

⁶⁹ Alexander **Roßnagel**, *Ansätze zu einer rechtlichen Steuerung des technischen Wandels*, em, Peter **Marburger** (Hrsg.), *Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 1994*, Düsseldorf: Decker, 1994, p. 442

⁷⁰ A pesquisa básica é o ponto de partida para a inovação técnica e para o desenvolvimento orientado e sustentável da economia e da sociedade. Para uma visão geral da *pesquisa básica*, em redes básicas de energia renováveis e o uso eficiente de energia, pode ser consultado o projeto **Energiesysteme der Zukunft Herausforderung an die Grundlagenforschung für erneuerbare Energien und rationelle Energieanwendung**, no site do Bundesministerium für Bildung und Forschung, acesso livre em: http://www.fz-juelich.de/ptj/lw_resource/datapool/_pages/pdp_103/Energiebericht_PtJ_2007.pdf. Vale a pena consultar, também, o projeto **Grundlagenforschung Energie 2020+ Die Förderung der Energieforschung durch das Bundesministerium für Bildung und Forschung**, que pode ser acessado em: http://www.bmbf.de/pub/grundlagenforschung_energie.pdf.

⁷¹ A teoria das normas sociais, tal como desenvolvida na sociologia contemporânea, as decisões sobre a investigação e o desenvolvimento de sistemas de tecnologia, desde o início largamente determinados por certos padrões socioculturais, é indicativo da *Sociedade da Informação* (*Informationsgesellschaft*), as autoestradas da informação (*Datenautobahn*) e do escritório sem papel (*papierlose Büro*). Estas normas incorporam e sistematizam as aspirações e conhecimentos empíricos do Homem, tanto para a conveniência como para a viabilidade de seus projetos. Confira-se, sobre o papel das normas sociais, Klaus Michael **Meyer-Abich**, *Wissenschaft für die Zukunft: holistisches Denken in ökologischer und gesellschaftlicher Verantwortung*. München: Beck, 1988, p. 130-138; também, Günter **Ropohl**, *Technologische Aufklärung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, p. 195 e segs.

⁷² Cf., Rudolf **Steinberg** e Daniel **Schütze**, op. cit., p. 271 e segs.

O desenvolvimento de um sistema tecnológico, essencialmente, começa com a invenção (descoberta), conectando, pela primeira vez, o *novo* conhecimento com uma finalidade específica⁷³. A invenção pode vir de forma inesperada, mas normalmente é o resultado da consciência da necessidade e o intento de satisfazê-la. Além do momento da descoberta, de uma nova invenção, cada artefato não constitui por si só uma revolução tecnológica. A característica especial é que é baseado principalmente em uma ou mais técnicas anteriores, que se desenvolve em uma determinada direção, a fim de satisfazer uma necessidade particular⁷⁴. Por conseguinte, tanto o Estado como as instituições supranacionais, mas principalmente os institutos de investigação privados têm, em geral, os seus fundos de pesquisa para projetos de investigação específicos, onde há grandes esperanças para um conjunto de técnicas que podem acomodar necessidades específicas. A intervenção regulamentar do direito no processo de concepção deve, conforme relatado anteriormente, refletindo o modelo de indução de uma autorregulação, reconhecer a natureza autônoma do desenvolvimento tecnológico. Mas ao mesmo tempo concretizar através da desregulamentação adequadas medidas para impedir a transformação do processo de autorregulação de um processo de dominação unilateral e, acima de tudo, dos interesses econômicos.

4.2. Alguns instrumentos de autorregulação

Uma das ferramentas bem interessantes para fomentar mecanismos de autorregulação, são os modelos fundados nas práticas do *diálogo técnico*. O recurso especial ao diálogo técnico, como um instrumento de regulação no processo de invenção, destina-se a revisão e modificação do modo até então existente de avaliação e aceitação do risco ambiental durante o nascimento e desenvolvimento de sistemas tecnológicos, o que é particularmente importante para as organizações ambientalistas e outros representantes de interesses não tecnológicos, que podem

⁷³ Cf., Günther **Ropohl**, **Ethik und Technikbewertung**, Frankfurt am Main: Suhrkamp, p. 230 e segs.

⁷⁴ Para o tema consulte-se, Weert **Canzler** e Meinolf **Dierkes**, **Innovationsforschung als Gegenstand der Technikgeneseforschung**, em: Wolfgang **Hoffmann-Riem**, e Jens-Peter **Schneider** (Hrsg.), op. cit., p. 63 e segs., ademais das excelentes referências que ali podem ser encontradas.

sofrer os efeitos secundários das tecnologias propostas, tais como associações de defesa do consumidor, organizações do terceiro setor, etc. que podem interagir com pesquisadores, técnicos e representantes dos interesses econômicos para encontrar uma solução mutuamente aceitável⁷⁵. Sob esse diálogo é possível, portanto, conceber e desenvolver o sistema tecnológico com base em critérios e normas específicas, que reflitam significativamente as posições dos agentes sociais participantes. A principal vantagem dessa ferramenta é, portanto, ser capaz de superar os conflitos e buscar adesão à heterogeneidade de objetivos políticos, econômicos, sociais e ambientais que procuraram ser atendidos por meio desta tecnologia. Ainda permitir a admissão de risco específico dos potenciais beneficiários, se os benefícios da tecnologia dentro de uma ponderação global prevalecer, a fim de, desta forma, dissolver os estereótipos e criar um clima positivo para a introdução de novas tecnologias no mercado⁷⁶. O desempenho de tais diálogos técnicos não é algo completamente novo no sentido de que eles já realizaram processos similares em diferentes áreas tecnológicas, mas não existe um quadro jurídico correspondente, a título de exemplo pode-se citar a organização desse debate técnico na realização de um projeto específico o ESPRIT (*European Strategic Program for Research and Development in Information Technology - R&TD*)⁷⁷. Contudo, advirta-se que o desenvolvimento de uma invenção poderá produzir profundos impactos socioambientais, e neste caso o “diálogo técnico” não se revela como um instrumento jurídico adequado para a formação de um consenso. Nestas circunstâncias, muito limitadas, é necessária a decisão do legislador democraticamente legitimado para continuar a atividade de investigação e explorar essas informações para transformá-los em tecnologias aplicáveis. A atividade de pesquisa relacionada à reprodução humana (*Embryonenforschung*), que está interligada com uma variedade de dilemas bioéticos, é um exemplo que demonstra a necessidade de uma decisão final no

⁷⁵ Para um aprofundamento sobre a utilidade do discurso técnico que envolve o diálogo, consulte-se Rudolf **Steinberg** e Daniel **Schütze**, op. cit., p. 272 a 277.

⁷⁶ Sobre a importância do legislativo, administrativo e judiciário na intervenção regulamentar para assegurar a aceitação e consenso sobre tecnologias específicas, consulte-se Michael **Kloepfer**, **Recht ermöglicht Technik**, em: *Natur und Recht* (NUR), 1997, p. 418.

⁷⁷ *Programa de Investigação Estratégica no domínio das Tecnologias da Informação – I&DT*, pode ser acessado, em língua portuguesa, no site do Parlamento Europeu (Fichas técnicas) em: www.europarl.europa.eu/factsheets/4_13_0_pt.htm.

nível nacional e supranacional em um amplo diálogo social. É por isso que a decisão legislativa é indispensável e à aceitação social e compatibilidade do método de pesquisa e resultados com o interesse público em nível político⁷⁸.

Outras ferramentas de intervenção indireta de serem mencionadas são os denominados instrumentos econômicos de proteção ambiental, tais como os impostos e taxas ambientais, com maior ou menor alíquota de incidência. Impostos e taxas impostas em maior alíquota às matérias-primas e aos intermediários ou aos produtos acabados, porque podem causar danos ambientais ou exigir um sistema de coleta especial quando dos seus descartes; ou de menor alíquota quando presentes condições especiais para evitar agravos socioambientais; desta forma, cria-se um impulso significativo para a emergência de um *ambiente amigável de produção tecnológica*⁷⁹. Isso ocorre porque o desenvolvimento e implementação de tais resultados tecnológicos estão estreitamente ligados a um forte incentivo econômico para o operador principal que vai beneficiar-se da redução de imposto ou taxa ou sofrer a sua majoração. A execução, no entanto, deste tipo de “reforma tributária ambiental” primeiro deve ser combinada com uma redução simultânea dos impostos trabalhistas e das contribuições sociais, a fim de evitar a criação de problemas de competitividade das empresas ademais à imposição desta reforma tributaria ambiental deve ser realizada em blocos econômicos⁸⁰ a fim de evitar pôr em perigo a competitividade regional e internacional das empresas ou para evitar um êxodo de empresas⁸¹.

⁷⁸ Na Alemanha, a *Gesetz zum Schutz von Embryonen* (*Embryonenschutzgesetz* – EschG, que pode ser consultada em: <http://www.gesetze-im-internet.de/eschg/BJNR027460990.html>) representa uma barreira para a pesquisa com embriões, fortalecendo a tensão entre a liberdade de pesquisa científica e os imperativos da dignidade da pessoa humana fundados no risco de desvio das pesquisas com uma ulterior reificação de tecidos e de vidas humanas para uma tecnologia de resultados duvidosos. De qualquer modo, o *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) ainda não adotou uma específica posição.

⁷⁹ Para uma perspectiva mais abrangente ver Alfred **Endres**, *Umweltökonomie – eine Einführung*, Darmstadt: Wiss. Buchges., 1994, p. 88-91.

⁸⁰ Como exemplo cito: Acordo de Livre Comércio das Américas (ALCA); Cooperação Econômica da Ásia e do Pacífico (APEC); Mercado Comum do Sul (MERCOSUL); e o maior exemplo, que adere inclusive o geopolítico, a União Europeia (EU).

⁸¹ Marion **Hübner**, *Ökodumping? Umweltpolitik in internationalen Oligopolmärkten*, Frankfurt-am-Main: Peter Lang, 2000.

Outro instrumento financeiro que pode fornecer importantes incentivos para o surgimento e o desenvolvimento de tecnologias ambientalmente amigáveis⁸², é estabelecer um regime eficaz e efetivo de responsabilidade civil e criminal por danos ambientais, bem como a responsabilidade política do Estado; acrescente-se que a implantação de ampla responsabilidade, em algumas instalações de poluentes tem uma função preventiva⁸³, ademais, o intento de evitar a responsabilização pode ser um importante incentivo para os departamentos de pesquisa das respectivas empresas para desenvolver inovações tecnológicas que vão garantir a segurança da operação do negócio, evitando danos ambientais, reduzindo as emissões de substâncias perigosas⁸⁴.

Para além dos instrumentos financeiros mencionados, importante é a realização de *estudos de diagnóstico* dentro da empresa para a instalação de sistemas de gestão ambiental, pois o resultado desses estudos pode trazer resultados positivos com medidas imediatamente destinadas a proteger o meio ambiente⁸⁵. Uma dessas ferramentas já foi estabelecida a nível europeu, trata-se Regulamento Comunitário 761 de 19 de março de 2001, que prevê a participação voluntária em um plano de ação para melhorar o ambiente dentro da empresa, mediante estudos de diagnósticos⁸⁶.

⁸² A primeira linha de uma intervenção reguladora que estimula o desenvolvimento de tecnologias ambientalmente amigáveis são aquelas sobre a adoção de qualidade de certos objetivos ambientais, tais como o ar limpo, água subterrânea, proteção e eliminação de erosão do solo, porque os objetivos de “qualidade” ajudam na criação de um “quadro político amigável, no quadro político-legal”, na área de tecnologias ambientalmente sustentáveis (tecnologias limpas, produtos com baixo consumo de energia, e outros); a propósito consulte-se, Martin Jänicke, **Ökologische Modernisierung als Innovation und Diffusion in Politik und Technik: Möglichkeiten und Grenzen eines Konzepts**, Berlin, 2000 (publicado no FFU-Report 01-2000, Forschungsstelle für Umweltpolitik, FU Berlin)

⁸³ Para o tema consulte-se, Gerhard Wagner, **Haftung und Versicherung als Instrumente der Techniksteuerung**, VersR, Versicherungsrecht 1999, pp. 1441 – 1453 (o artigo pode ser acessado pelo sistema pay-per-view no site da revista, em: <http://www.vvw.de/vvw/zeitschriften/geniosarchiv-vr.asp?id=39149958118416>).

⁸⁴ Cf., Jürg Minsch, Armin Eberle, Bernhard Meier e Uwe Schneidewind: *Mut zum ökologischen Umbau - Innovationsstrategien für Unternehmen, Politik und Akteurnetze*. – Basel: Birkhäuser Verlag, 1996, p. 68.

⁸⁵ Sobre o tema, confira-se, Gertrude Lübke-Wolff, **Instrumente des Umweltrechts Leistungsgrenzen und Leistungsfähigkeit**, em: *Verwaltungszeitschrift Neue (NVwZ)* 2001, p. 491.

⁸⁶ Este Regulamento pode ser consultado em língua portuguesa na base de dados EUR-Lex que oferece acesso gratuito ao direito da União Europeia e a outros documentos de carácter público em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2001R0761:20060224:PT:PDF>.

Conclusão

Ao finalizar este ensaio, penso que a intervenção regulatória do sistema jurídico, em relação a vários aspectos e facetas da tecnologia, não tem um perfil único para todas as áreas de regulamentação, mas tem certas qualidades, dependendo do estágio em que tem lugar. O principal ponto de referência para a intervenção regulamentar nas *fases iniciais de desenvolvimento de sistemas tecnológicos* está em, principalmente, assegurar a natureza deste processo, isto é, garantir a criatividade, a engenhosidade e a capacidade de adaptação permanente da pesquisa tecnológica. O papel do direito, nesta fase, portanto, deve concentrar-se, primeiro, sobre a criação de um quadro processual adequado (e.g., definir certas condições de fomento forte de programas de investigação, estabelecendo um *minimum* de requisitos para a *formatação privada* de regras técnicas bem adequadas aos objetivos da proteção socioambiental estatal); segundo, se evita a predominância unilateral dos interesses econômicos e, sobretudo, é de ser tido em conta, sistematicamente, certos aspectos não tecnológicos. De outro modo, penso que a regulamentação adequada das ferramentas de intervenção, principalmente instrumentos indiretos, como impostos ambientais, taxas ambientais, a responsabilidade por danos ao meio ambiente, etc., pode produzir importantes incentivos financeiros para as instituições, para o processo de investigação, com o fim de que o fator socioambiental seja integrado com outros aspectos técnicos e com o conteúdo de decisões estratégicas tomadas nos estágios iniciais do desenvolvimento tecnológico. Por outro lado, o objetivo de assegurar um nível comum de proteção jurídica a fim de ser cumprido o conteúdo dos respectivos requisitos dos tratados e convenções internacionais e aqueles constitucionais e infraconstitucionais, requer a aplicação de comando e controle estatal, usando as ferramentas de intervenção direta na aplicação e funcionamento de certas tecnologias. A intervenção regulatória do sistema jurídico, em termos de desenvolvimento tecnológico, objeto de autorregulação, deve incorporar a combinação de ferramentas de intervenção direta e indireta. É por isso que o uso combinado de instrumentos de intervenção direta e indireta pode garantir um

pretendido nível *ótimo* de proteção socioambiental e econômica, evitando as consequências negativas dos sistemas tecnológicos.

[voltar ao índice ▲](#) [início do texto ▲](#)

O CUSTO DE EFETIVAR DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ABORDAGEM DO PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONFLUÊNCIA DO DIREITO E DA ECONOMIA

JAYME WEINGARTNER NETO¹

VINICIUS DINIZ VIZZOTTO²

SUMÁRIO: 1. Discursos: Juristas e Economistas em diálogo. 2. A atuação do Ministério Público em perspectiva econômica. 3. O farol da Boa Governança: transparência, produtividade, eficiência. 4. Ministério Público e Mercado: a busca pela ética. 5. Questões em torno do Orçamento Público. 6. Efetivação de Direitos Fundamentais e Reserva do Possível. 7. O Combate à Corrupção e a Guarda do Meio Ambiente. 8. Considerações Finais.

RESUMO: Pretende-se destacar, no atual contexto brasileiro, algumas das principais atribuições do Ministério Público, dentre as quais a fiscalização dos mercados, a concretização dos direitos fundamentais, o combate à corrupção e a guarda do meio ambiente, que devem ser pautadas pela eficiência, efetividade e eficácia. Consideram-se os limites fáticos impostos à concretização de tais ações (reserva do possível), em especial restrições financeiras existentes no âmbito do orçamento público. No horizonte do Direito e da Economia, expõem-se alguns dos fatores necessários para que o Ministério Público possa atuar de modo efetivo nestas áreas prioritárias.

¹ Doutor em Direito do Estado pela PUC/RS. Mestre em Ciências Criminais (Coimbra, Portugal). Coordenador da Graduação da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Professor e pesquisador da ULBRA. Promotor de Justiça/RS.

² LL.M em Análise Econômica do Direito (Bologna, Ghent e Hamburgo). Especialista em Direito Internacional Público e Privado e Direito da Integração pela UFRGS. Bacharel em Direito pela ULBRA – Campus Cachoeira do Sul/RS. Advogado/RS.

Palavras-Chave: Ministério Público – Mercado – Direitos Fundamentais – Orçamento Público – Reserva do Possível – Direito e Economia.

ABSTRACT

The purpose of the present study is to underline, in the Brazilian context, some of the main duties of the Public Ministry, like the supervision of the markets, the implementation of fundamental rights, the combat against corruption and the protection of the environment, that must be performed with efficiency, effectiveness. The paper takes into account the limits of the public budget in order to fulfill these actions (reserve of the practicable). On the horizon of Law and Economics, some of the necessary factors for the Public Ministry act in an effective way in these priority areas are exposed.

Key Words: Public Ministry – Market - Fundamental Rights – Public Budget – Reserve of the Practicable - Law and Economics

1. Discursos: Juristas e Economistas em diálogo.

Inicialmente, é necessário fazer um *approach* entre o Direito e a Economia. Trata-se de ramos imbricados, interligados, que interagem frequentemente. Operadores do direito podem e devem estudar os fundamentos e a dinâmica da economia, sendo que a assertiva também é aplicável em sentido contrário, conforme argumentam ROBERT COOTER e THOMAS ULEN³. No caso de órgãos públicos, a conscientização desta interligação é muito importante, uma vez que “a economia contribui para que o Direito seja percebido numa nova dimensão, que é extremamente útil na compreensão da formulação de políticas públicas”, como referem CASTELAR PINHEIRO e JAIRO SADDI⁴.

³ COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 4th edition. Addison-Wesley series in economics 2004. p. 10-11.

⁴ CASTELAR PINHEIRO, Armando e SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados* São Paulo: Campus/Elsevier 2005. p. 17

É ingenuidade acreditar que a aplicação do direito, independente da área, não tenha impactos mediatos e imediatos na economia, seja numa perspectiva limitada (*interpartes*) ou ilimitada (envolvendo uma coletividade, seja de pessoas físicas ou jurídicas, de instituições públicas ou privadas). No ramo do Direito Público, esta correlação existente é percebida de modo sensível. Tal ocorre porque a implementação de condutas que demandam ações governamentais, em especial aquelas que necessitam de uma ação positiva estatal (combate à corrupção, proteção ao meio ambiente, direito à saúde, habitação, educação etc.) dependem de recursos orçamentários, bem como de política legislativa.

Desta forma, os discursos do jurista e do economista podem e devem confluir. A eficiência nas ações do Estado, do Poder Judiciário⁵ - e do Ministério Público inclusive - pode e deve ser elevada a um dos princípios fundamentais do atual Estado contemporâneo, considerando, inclusive, a dicção do *caput* do art. 37⁶ da CF 88. Assim, em que pesem as críticas, a ciência econômica pode e deve dialogar com o direito. É bem verdade, porém, que a propalada eficiência, um dos conceitos fundantes da economia, deve ser pautada pelo respeito aos direitos fundamentais; não pode ela se configurar como valor primordial e único do sistema jurídico, mas sim como instrumento de efetivação de outros valores e direitos.

⁵ Peguemos uma questão que interessa diretamente à sociedade e ao Poder Judiciário Brasileiro, qual seja, a falta de eficiência do Judiciário na resolução dos conflitos que lhes são apresentados, ocasionada por inúmeros fatores (tramitação lenta, insegurança jurídica, custos de transação altos, - custas, gastos com advogados, despesas cartorárias, perícias, etc). Em pesquisa efetuada pelo BACEN e citada por JOSÉ EDUARDO FARIA (Direito e Justiça no século "XXI". A crise da justiça no Brasil. Texto preparado para o Seminário "Direito e Justiça no Século XXI", Coimbra, Centro de Estudos Sociais, de 29 de maio a 1 de junho de 2003), existe estimativa acerca da recuperação de valores que são buscados por meio de ações de cobrança. Para créditos de R\$1.000,00 a expectativa de recuperação é de apenas R\$33,00, ou 3,3% do montante inicial; quando o crédito sobe para R\$50.000,00 o valor esperado de recuperação é de R\$12.054,00 (24,1% do montante inicial). Considerando a baixa expectativa de retorno em uma demanda judicial, o bom tomador de crédito torna-se refém dos sistema judicial deficiente e a vantagem comparativa da cobrança extrajudicial é bem maior. Percebe-se, assim, que a necessidade de implementar a eficiência no judiciário é premente.

⁶ "Art. 37 - 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 (...)".

Como implementar a eficiência, ou, melhor, como os órgãos públicos, em especial o Ministério Público, podem buscar a efetividade em suas ações, no contexto de suas atribuições? Como conjugar a eficiência com a escassez de recursos disponíveis? Como o Ministério Público pode, dentro de suas atribuições e considerando as restrições orçamentárias do Estado, atender de modo eficiente as demandas sociais existentes, tendo em vista uma realidade centrada, em sua grande parte, em uma economia capitalista de mercado? Em um primeiro momento, será utilizado o ferramental conceitual proveniente das ciências econômicas, explorando-se a possibilidade de conjugar economia e direito, no contexto do Ministério Público, como instituição a buscar operacionalidade e logística eficientes.

2. A atuação do Ministério Público em perspectiva econômica.

Ao utilizar-se da teoria econômica para preconizar medidas e ações que têm como objetivo tornar uma instituição pública mais eficiente ao lidar com seus recursos humanos e financeiros, a primeira idéia é agir com cautela. A precaução é necessária, vez que instituições públicas e privadas possuem características e motivações amiúde diferentes. Contudo, pode ser traçado um paralelo entre tais entes, vez que ambos são produtos da sociedade e enfrentam o desafio diário da utilização de recursos escassos. Ao fim e ao cabo, vivencia-se, cada vez mais, um entrelaçamento entre os setores da economia. Por tal razão, a presente parte tem como objetivo lançar as bases de uma nova análise do Ministério Público, sob a ótica da economia. Muitas das visões expostas já foram apreciadas anteriormente, mas sem o viés econômico que sustentou, ainda que indiretamente, suas existências. Assim, antes de falar-se em eficiência, apresentam-se alguns fatores causadores de ineficiência e as soluções ou mitigações já apresentadas pela ciência econômica e eventualmente aplicáveis ao Ministério Público. Por restrições de espaço, a análise aqui feita é básica e não pretende esgotar a temática.

A teoria da economia clássica tende a reduzir os problemas ou conflitos inerentes às interações sociais a alguns fatores. Alguns deles são extremamente importantes:

a assimetria de informação e o estabelecimento de incentivos. Apesar de parecerem fatores simples, eles se aplicam e existem em qualquer relação social. Primeiramente, o conflito de interesses e o problema de agência no Ministério Público devem ser reduzidos. Para tornar eficiente a atuação do Ministério Público e de seus integrantes (promotores e servidores, basicamente), é necessário diminuir ao máximo a informação assimétrica e o conflito de interesses inerente às relações interpessoais e que surgem, em maior ou menor grau, em tais situações. Nesta senda, nunca é demais realçar a diferença que existe entre os objetivos imediatos da instituição (pessoa jurídica, sem vontade própria), e os interesses mediatos e imediatos de membros e servidores (pessoas físicas, com interesses diversos e dos mais variados matizes, porém passíveis de serem categorizados em uma grande classe, que pode ser denominada, claro que resguardadas as idiosincrasias e o *background* de cada pessoa, como “maximizadores de utilidade”. Nesta visão, o ser humano tende a priorizar aquilo que julga que aumenta sua própria utilidade. Este é um dos pilares fundamentais da economia neoclássica. É uma premissa, que, apesar de ter sido adaptada e restrita por disciplinas como a “behavioral law and economics”, persiste como um interessante ponto de partida quando analisamos uma instituição e seus agentes.

Nesta senda, existem duas situações de conflito de interesses a serem distinguidas. A primeira é a situação de conflito de interesses no próprio agir do promotor ou do servidor público, quando este interage com elementos exteriores à instituição. No Brasil, este tipo de conflito de interesse é abordado por vários autores. Na seara legislativa, a menção a tal espécie de situação, apesar de antiga, é implícita. Assim, deve-se proceder por meio de induções para verificar quando o legislador previu tais situações e desejou evitá-las⁷. A punição para condutas que estão sob a égide do conflito de interesses é um incentivo para que elas não sejam cometidas. Exemplo disso são as punições existentes na Lei de Improbidade Administrativa.

A segunda situação, também existente, refere-se ao problema que surge entre os membros e servidores e a instituição em si. Trata-se do afamado problema de

⁷ Para maiores detalhes, incluindo panorama legislativo acerca do tema, veja-se interessante paper disponível no sítio da Controladoria Geral da União: https://bvc.cgu.gov.br/bitstream/123456789/3131/1/a_experiencia_do_brasil.pdf

agência (na denominação inglesa “Agency Problem” ou “Principal Agent Problem”).

CLIFFORD W SMITH, JR. diz que

uma relação de agência é definida por meio de um contrato explícito ou implícito no qual uma ou mais pessoas (os principais) atribuem a outra pessoa (agente) [poder] para tomar ações em nome dos principais. O contrato envolve a delegação de alguma parcela de autoridade decisória para o agente. Isto envolve custos, isto é, os custos de agência⁸

Pode-se perceber isto, no presente caso, após o ingresso dos promotores e servidores na instituição ministerial. Eles são agentes do “principal”, e sua função precípua é cumprir com os objetivos do Ministério Público, os quais são definidos na Constituição Federal e detalhados em seus Estatutos e regulamentos administrativos, eventualmente ampliados ou restringidos por via legislativa.

Questão importante aqui é saber quem é o proprietário (ou principal) do Ministério Público. Por ser órgão público, a coletividade possui uma gama de direitos em relação ao Ministério Público, inclusive no âmbito de sua direção e definição de prioridades. Existe toda uma miríade de mecanismos para isso, tal como o processo legislativo, em campo mais amplo, e os pedidos de providência e de investigação, em área mais restrita, por exemplo. Está-se diante de uma verdadeira teia de interações, que perpassa os três poderes tradicionais e outros entes estatais, os quais devem conviver de modo harmônico (isto é, em tensão equilibrada, eficientemente ajustada para evitar desníveis e superposição dos interesses puramente privados perante o público). Pode-se inclusive imaginar o Ministério Público como uma empresa, dentro de um conglomerado maior (o Estado como a empresa maior, possuidor de inúmeros escopos, catalogáveis sob a classificação de “interesse público”), sendo a *expertise* do Ministério Público a efetivação dos direitos fundamentais, em campos específicos, preparado para os

⁸ SMITH, Clifford W. "Agency Costs". In *The New Palgrave Dictionary of Money and Finance*. Edited by John Eatwell, Murray Milgate and Peter Neuman. London: Palgrave Macmillan, 1994. p. 26-27

novos desafios e novos direitos que surgem, como se afirmará ao longo do presente artigo.

É importante realçar que existem outras “corporações” que estão em um espectro similar de atribuições, especialmente o Ministério Público Federal, e, para algumas atribuições, associações e, mais recentemente, as Defensorias Públicas. As competências destes órgãos, apesar de diversas, ocasionalmente podem confluir (e, no limite, superporem-se), causando, eventualmente, desgaste mútuo entre as corporações e inclusive dispêndio desnecessário de recursos, gerando ineficiência e outros tipos de custos. Por isso a necessidade de uma maior interação e comunicação não só entre os Ministérios Públicos dos Estados e da União, mas também entre estes e as Defensorias Públicas, os Conselhos Tutelares, os Conselhos Ambientais, as Polícias Civis e Militares, as Organizações não governamentais. E mais: ao se estabelecer uma uniformidade de ação, ou ao menos definição específica de atribuições para os novos casos que vêm surgindo (a situação social é sempre mais rápida do que a lei), os recursos seriam utilizados de modo mais racional e eficiente.

Para diminuir tais conflitos de interesses, ou, em outras palavras, reduzir a informação assimétrica para que se alcance a eficiência (mensurável por meio de resultados), a alternativa encontrada é a formalização de uma estratégia. É um movimento que surgiu na iniciativa privada (baseada em resultados e geralmente mais dinâmica que o serviço público) e que vem arregimentado adeptos também na seara pública. Trata-se da aplicação dos princípios da gestão estratégica à Administração Pública. O Poder Judiciário como um todo e o Ministério Público, por meio de suas cúpulas administrativas, também têm aplicado e tentado direcionar sua atuação na busca da eficiência operacional, dentro de seu marco legal e de suas limitações orçamentárias e estruturais. Se nenhuma empresa é igual a outra, deve-se atentar ainda mais a uma instituição pública, possuidora de características únicas, específicas e diferenciadas da iniciativa privada. Daí a necessidade de desenvolver ferramentas e instrumentos que levem em conta tais características únicas.

A formatação de um Mapa Estratégico, adotado para além das disposições constantes de leis e regulamentos, tem como objetivo tentar reduzir a assimetria de informações e interesses existentes no âmbito de uma organização e orientá-la para a realização de seus objetivos centrais. Ele serve também para mensurar se a organização está conseguindo, dentro dos objetivos eleitos (após um processo que envolve considerável parte dos membros da organização), alcançar as metas estabelecidas. O processo de estabelecimento de planejamento estratégico utiliza ferramentas das ciências da administração, uma das quais é o método “Balanced Scorecard” (BSC⁹, como o foi aquele instituído no Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e que contou com a participação dos autores), sistema criado por KAPLAN e NORTON¹⁰. Trata-se, em suma, de um meio de construir um elo entre as ações presentes de uma instituição com seus objetivos de longo prazo, efetuando medidas concretas no curto e médio prazos¹¹.

Um sistema de incentivos, para que se mantenha a motivação funcional no Ministério Público, também é necessário. A prática do *shirking* (evitar trabalho ou trabalhar menos do que o necessário, em tradução livre) é conceito aplicável no setor privado quando nos referimos a problemas de agência, que envolvem, exemplificativamente, a relação entre um coordenador e um funcionário hierarquicamente inferior, ou um diretor em relação aos investidores ou proprietários de uma empresa. Da área econômica vem a constatação de que agentes humanos tendem a se comportar como melhor entendem quando não são fiscalizados. Este modo de agir seria próprio da natureza humana, até pelo fato de que funcionários são seres falíveis e autônomos, motivados por paixões e interesses próprios, aplicando-se tal axioma tanto ao funcionário que efetua as funções mais simples quanto ao mais alto executivo. Tendo em vista que os custos de monitoramento permanente de um funcionário são extremamente altos, a

⁹ Para se desenvolver um BSC quatro fatores são necessários: 1. Traduzir a visão em objetivos operacionais; 2. Comunicar a visão e ligá-la à performance individual. 3. Planejamento do Negócio: estabelecendo índices. 4. Feedback e aprendizado e ajustando a estratégia conforme os resultados.

¹⁰ O artigo original é de KAPLAN R S and NORTON D P. "The balanced scorecard: measures that drive performance", *Harvard Business Review* Jan – Feb pp. 71–80.

¹¹ Medições baseadas em quatro perspectivas: 1) financeira; 2) cliente; 3) processos internos do negócio; 4) aprendizagem e crescimento.

solução para ao menos minimizar os efeitos deste “desinteresse” foi a criação de um sistema de incentivos, descartada a possibilidade do desenvolvimento de robôs que cumpram eficientemente tarefas de complexidade altíssima, e.g., a implementação de direitos fundamentais, função primordial do Ministério Público.

Os incentivos sempre existiram; não se está aqui a introduzir novos conceitos ou inovações nunca antes utilizadas. O que se pretende é alertar para a existência de uma lógica econômica na base de boa parte da realidade que confrontamos diariamente. No setor privado, os incentivos baseiam-se em planos de carreira, promoções com base em meritocracia (i.e, resultados, normalmente financeiros), pagamento de bônus e ascensão a cargos importantes, com retribuição pecuniária proporcional às responsabilidades e atribuições do promovido. Em geral, porém, existe muita incerteza na área privada. As possibilidades são extremamente nebulosas, e sabe-se delas apenas *ex post*. No setor público, por outro lado, a maior parte dos incentivos são estabelecidos *ex ante*, no momento de ingresso na carreira. Dentre estes incentivos, podem ser citadas a estabilidade, os vencimentos – hoje subsídios, para Magistratura e Ministério Público (que são irredutíveis e normalmente mais altos que na iniciativa privada, pelo menos no início), a reputação (o que pode resultar em futuro ingresso no mercado privado em nível mais alto do que o de um iniciante), o sistema de licenças remuneradas, etc. Porém, um dos maiores fatores de incentivo de ingresso na carreira pública, que é a estabilidade, pode propiciar ao agente público acomodar-se, não inovando ou buscando melhorar sua situação perante a instituição. O engessamento da carreira faz com que agente não se sinta motivado. Os servidores públicos, sem incentivos, também tendem a ficar descontentes com seu serviço. Já ocorreram inúmeras modificações nessa área, influenciadas inclusive pelo setor privado (*e.g.*, prêmio por produtividade, possibilidade de participação em cursos etc.). Pelo fato do mercado estar em constante movimento na prospecção de talentos, novos incentivos podem e devem ser criados, para que se mantenha o dinamismo das instituições e para que os melhores recursos humanos também sejam atraídos e retidos pelo setor público.

Por fim, transportar a idéia de mercado para um contexto público é tarefa das mais difíceis e delicadas. Não se está aqui a simplesmente transferir, como se fosse um simples trabalho de recorte, os construtos do mercado para a estrutura do Ministério Público. O que sequer seria viável, pelos seguintes fatos: i) a “clientela” do Ministério Público, ou seja, a coletividade, não paga diretamente pelo serviços (paga-se indiretamente, por meio de impostos); ii) a demanda pelos serviços é ilimitada, ou ao menos ampla, pulverizada e difícil de determinar; iii) não há sistema de preços na prestação dos serviços; como resultado, não há propriamente competição entre os prestadores de tal serviço, pelo menos não como apregoa a teoria econômica; iv) o valor ético tem carga semântica de certa forma diversa ou relativizada quando comparado com aquele que é usualmente utilizado na área privada; e v) o Ministério Público, ao contrário das companhias do setor privado, não tem como função primordial a maximização de seu valor intrínseco¹², mas sim a maximização da satisfação do “cliente-cidadão”, o que não gerará, em termos gerais, rendimento ou lucro para a instituição, a não ser que se considere reputação e reconhecimento como bens intangíveis passíveis de quantificação monetária, ainda que indireta. Constatadas estas diferenças, cumpre avançar, sempre tendo em mente tais limitações. Assim, os vetores que devem ser seguidos pelo Ministério Público e seus agentes, na busca pela eficiência, estão designados na próxima parte.

3. O farol da Boa Governança: transparência, produtividade, eficiência.

A Boa Governança (*Good Governance*) é um conceito gerado nos anos 90, no âmbito da economia e da política do desenvolvimento, tendo correlação com o Consenso de Washington¹³, hoje trabalhado por várias ciências, sendo aplicada

¹² Até entre empresas esta verdade não é mais absoluta ou foi ao menos relativizada. Atualmente, as empresas se importam também em acrescentar valor ao ambiente em que estão inseridas. A noção de desenvolvimento sustentável tem conquistado as empresas e o investimento ambiental tem sido adotado por grande parcela dos investidores. Para maiores detalhes, veja-se VIZZOTTO, Vinicius Diniz. *Green Shares: Concept, Design and Principal Agent Problem in the Environmental Mutual Fund Industry*. Hamburgo: 2009. (tese de LL.M, ainda não publicada).

¹³ A expressão foi criada pelo economista americano John Williamson, que compilou, em 1989, em livro homônimo, um conjunto de medidas necessárias para que os países latino-americanos voltassem a crescer, considerando os péssimos resultados obtidos na década de 80. Dentre tais medidas, podem ser citadas a disciplina fiscal, a reforma tributária, a desregulamentação da

tanto em empresas privadas como em órgãos públicos. O *Acordo de Cotonou*¹⁴, em seu artigo 9º, define “Boa Governança” como sendo a “gestão transparente e responsável dos recursos humanos, naturais, econômicos e financeiros para efeitos de desenvolvimento equitativo e sustentável”. O próprio Fundo Monetário Internacional - FMI possui documentos sobre a temática da Boa Governança, dando conselhos sobre gestão, suporte financeiro e assistência técnica para seus 185 membros¹⁵, a fim de que possam melhorar a eficiência e a credibilidade do setor público¹⁶.

Significa, numa compreensão normativa, segundo JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO “a condução responsável dos assuntos do Estado”¹⁷. Não só na direção do Governo/Executivo, mas também de outros poderes como o Legislativo, Judiciário e o próprio Ministério Público. Acentua-se, ademais, ainda segundo JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, a interdependência internacional dos estados, colocando questões de governo na agenda multilateral dos países e de regulações internacionais¹⁸. Além disso, o movimento recupera parte do *New Public*

economia, a liberalização das taxas de juros, taxas de câmbio competitivas, revisão das prioridades dos gastos públicos, maior abertura ao investimento estrangeiro direto e fortalecimento do direito à propriedade. Recentemente, Willianson e o ex-ministro da Fazenda do Peru, Pedro Paulo Kuczynski, revisaram o Consenso de Washington, lançando novo livro: *After the Washington Consensus: Restarting Growth and Reform in Latin America* (Depois do Consenso de Washington - Como Retomar o Crescimento e as Reformas na América Latina), *Institute of International Economics*, 2002

¹⁴ O Acordo de Cotonou é um acordo de cooperação comercial, técnico-financeira e diálogo político entre a [União Europeia](#) e os [países ACP](#). Assinado a [23 de Junho](#) de [2000](#) em [Cotonou, Benin](#), o acordo irá regulamentar a relação ACP-UE pelo menos até [2020](#). Afecta mais de 100 estados: os 27 Estados-membros da UE e os 77 países ACP, que é uma associação que congrega países da [África](#), [Caribe](#) e [Pacífico](#) formada para coordenar atividades. O acordo sucede a [Convenção de Lomé](#).

¹⁵ Dado atualizando junto ao *site* do IMF – International Monetary Fund <http://www.imf.org/external/country/index.htm>. Data de Acesso: 01/08/2007.

¹⁶ O FMI, agindo como um determinador de vetores de gestão pública responsável, desenvolveu dois “códigos de transparência”: o [Code of Good Practices in Fiscal Transparency](#) e o [Code of Good Practice on Transparency in Monetary and Financial Policies](#). O primeiro, elaborado para encorajar um debate público sobre o modo e os resultados de uma política fiscal, objetiva, modo central, o fomento à constituição de governos mais confiáveis. O segundo tem função similar na área da política monetária e financeira, com objetivo final idêntico. O FMI também tem um sistema, direcionado a seus membros, com o objetivo de aumentar a transparência, a qualidade e a atualidade de dados, denominado [Special Data Dissemination Standard](#) (SDDS). Disponível em: <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/gov.htm>. Data de acesso: 28.07.2007

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “‘Brançosos’ e Interconstitucionalidade: itinerário dos discursos sobre a Historicidade Constitucional. Coimbra: Almedina, 2006. p. 327.

¹⁸ *Idem*. p. 327.

Management ou Nova Gestão Pública¹⁹, na articulação de parcerias público-privadas, sem ênfase exclusiva da dimensão econômica.

É relevante afirmar que a Boa Governança frutifica e tem terreno fértil em democracias plurais, pois seus valores e bases demandam uma abertura de comportamento dos governantes ao público e a exposição praticamente geral do funcionamento e da dinâmica do setor público, incluídas aí procedimentos legislativos, finanças públicas etc. Veja-se que um dos grandes responsáveis pela consolidação e estabelecimento da democracia, evidente que resguardadas algumas desvirtuações, é o sistema de capitalismo de mercado, como acentua ROBERT A DAHL²⁰.

A Boa Governança enfatiza questões com repercussões politicamente fortes, envolvendo (i) Governabilidade; (ii) Responsabilidade (*Accountability*); e (iii) legitimação. Se o ponto central é na sua gênese a capacidade do Estado em gerir seus problemas financeiros e administrar seus recursos, a Boa Governança toca, também, na essência do Estado, além do desenvolvimento sustentável, centrado na pessoa humana. Baseia-se, portanto, no respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais, na democracia do Estado de Direito e no sistema de

¹⁹ Para um panorama sobre o movimento nacional de Reforma da Gestão Pública de 1995, ocorrido quando da gestão de BRESSER PEREIRA no MARE - Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, veja-se NASSUNO, Mariane e KAMADA, Priscilla Higa (Org). *Balanço da Reforma do Estado no Brasil: a Nova Gestão Pública*. Coleção Gestão Pública. Brasília: MP, SEGES 2002. Disponível em http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Terceiros-Papers/Livro_Balanco_Reforma_Estado_Brasil.pdf

²⁰ ROBERT A. DAHL refere os motivos pelos quais o capitalismo de mercado favorece a democracia. Aduz ele que a existência de múltiplos atores econômicos independentes e em competição, atuando a partir de interesses egoístas, restritos e orientados pelas informações do mercado, produz bens e serviços “de maneira bem mais eficiente do que qualquer outra alternativa conhecida”. Além disso, o capitalismo de mercado é favorável à democracia por suas consequências sociais e políticas, por meio da criação de uma classe média que busca “(...) educação, autonomia, liberdade pessoal, direitos de propriedade, a regra da lei e a participação no governo (...)”. Por derradeiro, “descentralizando muitas decisões econômicas a indivíduos e a firmas relativamente independentes, uma economia capitalista de mercado evita a necessidade de um governo central forte ou mesmo autoritário”. Em contraponto, em economias planificadas e centralizadas a democracia nunca existiu (ou apenas momentaneamente – e aqui acrescentamos que, quando existiu, o foi de modo artificial). DAHL, Robert. A. *Sobre a Democracia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 183-184.

governo transparente e responsável²¹. Um programa que bem cabe no art. 1º da CF 88.

O grande desafio, partindo-se de tais premissas, é colocar o *Princípio da Condução Responsável* no centro dos assuntos do Estado, com o aprofundamento do contexto político, institucional e constitucional através da avaliação permanente do respeito pelos direitos humanos, dos princípios democráticos e do Estado de Direito²².

O Princípio da Condução Responsável prega a centralidade do princípio do desenvolvimento sustentável e eqüitativo que pressupõe uma gestão transparente e responsável dos recursos humanos, naturais, econômicos e financeiros (“boa governança”). O Princípio da Condução Responsável prevê esquemas procedimentais e organizativos da boa governança, tais como (i) processos de decisão claros a nível de autoridades públicas; (ii) instituições transparentes e responsáveis; (iii) primado do direito na gestão dos recursos e (iv) reforço das capacidades no que diz respeito à elaboração e aplicação de medidas especificamente destinadas a prevenir e a combater a corrupção²³.

O Estado capaz de assegurar a Boa Governança, sempre conforme JOSÉ JAQUIM GOMES CANOTILHO é aquele que segue o princípio da *justa medida* na condução do Estado, baseado em alguns princípios fundantes: (i) sustentabilidade; (ii) racionalização; (iii) eficiência; e (iv) avaliação²⁴. Estes princípios se aplicam a todo e qualquer órgão público, inclusive ao Ministério Público.

A agenda da Boa Governança, para ser bem implementada, também necessita de uma reforma política, uma vez que apenas o agir político ético, técnico e profissional é que fará com que aquela seja operacionalizada. Falando sobre a

²¹ *op cit.* 327-328

²² *idem.* 328-329

²³ *ibidem.* 329

²⁴ *Ibidem.* P. 333.

temática, PAULO FERREIRA DA CUNHA estabelece algumas “linhas de força”²⁵ que podem ser seguidas, analisado o contexto brasileiro.

Como o MP pode induzir este *ethos* pleiteado? Dentre outras possibilidades, (i) garantindo as regras do jogo, coibindo a concorrência desleal e induzindo a ética nos mercados; (ii) na promoção e concretização dos *direitos fundamentais*; (iii) como *protagonista* do combate à corrupção; e (iv) como guardião do *meio ambiente*. Trata-se de prioridade de todos, verdadeira questão de sobrevivência e *proteção para as gerações futuras*, parafraseando a expressão utilizada por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS.²⁶

4. Ministério Público e Mercado: a busca pela ética.

O arcabouço histórico da ética é considerável, tanto no mundo ocidental como oriental. Nenhum campo do conhecimento ou atividade humana está totalmente desvinculado da idéia da ética. Como discorre FÁBIO KONDER COMPARATO, a vida humana tem um sentido ético²⁷, e tal se aplica também ao Direito e à Economia²⁸.

Assim, a ética também deve guiar os negócios e o ambiente de mercado. Esta assertiva é singela e verdadeira, comprovada por meio de fatos e dados, não sendo um mero desejo dos autores. Dados empíricos demonstram que empresas éticas tem desempenho acima da média de mercado, conforme pesquisa efetuada pela

²⁵ O autor fala sobre as “linhas de força” de uma reforma política, em um contexto português, mas que pode muito bem ser utilizada no Brasil: a) eticização republicana; b) transparência; c) aproximação entre eleitores e eleitores; d) abertura do sistema político; e e) capacidade do sistema para representar mais, e melhor. CUNHA, Paulo Ferreira da. *A Constituição Viva: cidadania e direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 66-72.

²⁶ O autor português alega que atualmente assistimos ao surgimento de uma nova forma de sociedade, trazendo à tona novos e grandes riscos globais, em especial: “(...) o risco atômico, a diminuição da camada de ozono (*sic*) e o aquecimento global, a destruição dos ecossistemas, a engenharia e a manipulação genéticas, a produção maciça de produtos perigosos ou defeituosos, a criminalidade organizada (...), terrorismo nacional, regional e internacional, genocídio, os crimes contra a paz e a humanidade”. DIAS, Jorge de Figueiredo Dias. O papel do Direito Penal na Proteção das Gerações Futuras. In *Boletim da Faculdade de Direito*. Boletim comemorativo do 75.º tomo do Boletim da Faculdade de Direito (BFD) Coimbra, 2003. p. 1123.

²⁷ COMPARATO. Fábio Konder. *Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*. São Paulo: Companhia das Letras. 2006. p. 689-699.

²⁸ Para maiores detalhes, veja-se a coletânea de artigos organizada por IVES GANDRA MARTINS. *Ética no Direito e na Economia*. São Paulo: Thomson Learning, 1999.

Goldman Sacks e McKinsey²⁹. A Fundação Getúlio Vargas, por meio de seu núcleo de estudos, também já abordou a matéria em questão³⁰.

Os estudos de WILHELM KRELLE³¹ demonstram que os agentes e atores econômicos sofrem influências da ética em suas decisões, e que existe uma interpenetração entre a economia e os valores éticos, como também realça AMARTYA SEN³². BERNARDO KLIKSBURG³³, diretor da Iniciativa Interamericana de Capital Social, Ética e Desenvolvimento do Banco Interamericano de Desenvolvimento defende inclusive que a ética deve presidir a economia³⁴.

²⁹ A pesquisa foi veiculada pelo “Financial Times”, e foi direcionada ao evento *Global Compact*, da Onu, que reúne cerca de 3.000 empresas, incluídas empresas do Brasil, Índia, e China. No Brasil, a notícia foi publicada na Folha de São Paulo, 04/07/2007, A12.

³⁰ Existem estudos brasileiros sobre a ética no mundo dos negócios. Merece ser referida a importante pesquisa efetuada pela EAESP-FGV, junto ao NPP – Núcleo de Pesquisas e Publicações. Disponível em <http://www.eaespp.fgvsp.br/AppData/GVPesquisa/Rel11-2000.pdf>. Data de Acesso: 15.07.2007.

³¹ Eis o modo como o falecido autor alemão, então docente na Universidade de Bonn, introduz o tema: “A ética, de onde a economia iniciou na antiguidade clássica, recentemente reentrou na economia. Existem cada vez mais artigos na literatura que tratam sobre problemas éticos em uma economia de mercado. Então, eu acho, é tempo de analisar a relação da ética e da economia em geral, isto é, mostrar onde a ética influencia a economia (e vice-versa) e como isso pode ser levado em conta na Economia. KRELLE, Wilhelm E. *Economics and Ethics 1: The Microeconomic Basis*. Berlim – Heidelberg: Springer-Verlag, 2003. (tradução nossa).

³² SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. São Paulo: CIA DAS LETRAS, 1999

³³ O autor, diretor da Iniciativa Interamericana de Capital Social, Ética e Desenvolvimento do BID e assessor especial da ONU, UNESCO, UNICEF e OPS destaca sobre as relações entre ética e economia: “O pensamento ortodoxo rígido na economia lançou a idéia de que são dois mundos diferentes. A economia seria para ser manejada pelos técnicos. A ética pelas igrejas, pelos filósofos, pelos moralistas. É uma separação que nossas sociedades devem enfrentar, e voltar a reconstituir a unidade profunda que devem ter. A ética deve presidir e orientar a economia. Ela deve funcionar muito bem mas a serviço dos valores éticos básicos. A economia é ética se consegue que as crianças possam desenvolver-se, as famílias estejam protegidas, os jovens tenham oportunidades de trabalho, os idosos estejam protegidos e o meio ambiente preservado. No dia de amanhã as gerações futuras julgarão as economias latinoamericanas pelo que se cumpriu com estes valores éticos. Voltar a vincular ética e economia, ao que temos tratado de contribuir, e temos encontrado grande ressonância porque corresponde a uma necessidade muito sentida da região, abre uma grande agenda ética econômica com temas como a responsabilidade ética das políticas públicas, a responsabilidade social da empresa privada, o fortalecimento do voluntariado, a responsabilidade dos meios, e outros. A economia na realidade nasceu como uma disciplina de base ética, profundamente ligada à filosofia moral. Assim foi nos seus primórdios. Ela foi desvirtuada pela ortodoxia que causou tantos efeitos regressivos na região”. Disponível em: http://www.riovoluntario.org.br/imprensa/b_kliksborg.html. Data de Acesso: 05/07/2007.

³⁴ Numa perspectiva algo radical, existe o “Journal of Markets and Morality”, com base nos Estados Unidos, cujo objetivo é a promoção da exploração intelectual da relação entre economia e moralidade tanto da perspectiva das ciências sociais quanto da teologia. O referido jornal procura congrega teólogos, filósofos, economistas e outros estudiosos para o diálogo a respeito da moralidade do mercado. Disponível em http://www.acton.org/publicat/m_and_m/. Data de Acesso: 16.07.2007.

Uma das correntes que atualmente estão em voga – até pelo fato de cada vez maior entrelaçamento dentre o Direito e a Economia é a *Law and Economics*³⁵, que surgiu nos Estados Unidos na década de 60, tendo como precursor RICHARD POSNER³⁶, disseminou-se pela Europa e atualmente tem sido apresentada, ainda que de modo tímido, no Brasil, com estudos pioneiros em livros organizados por DÉCIO ZYLBERSZTAJN³⁷, RAQUEL STAJN e LUCIANO BENETTI TIMM³⁸, sem esquecer do livro guia de ARMANDO CASTELLAR PINHEIRO e JAIRO SADDI³⁹.

Sendo o direito considerado, por grande parte do movimento de *Law and Economics*⁴⁰ como um conjunto de incentivos – em sua maioria econômicos – a determinarem o comportamento humano⁴¹, tal corrente de pensamento é acusada por muitos de ser extremamente rígida, reducionista, presa aos ditames da economia ortodoxa e em especial à teoria econômica neoclássica, sendo objeto de inúmeros questionamentos sobre sua concreta e efetiva aplicação na totalidade do Direito, como referiu PATRICIA N. WALD⁴², ainda em 1987. Existem, até por este

³⁵ Um panorama conciso a respeito da Análise Econômica do Direito (contexto do surgimento desta linha de pensamento, possibilidades de aplicação e críticas) pode ser observado em ALVAREZ, Alejandro Bugallo. *Análise Econômica do Direito: contribuições e desmistificações*. Direito, Estado e Sociedade – v.9 n.º 29 p. 49-68. Jul/dez. 2006. Disponível em: http://publique.rdc.puc-rio.br/direito/media/Bugallo_n29.pdf. Data de Acesso: 25.07.2007

³⁶ Veja-se, em especial, a última edição da obra POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 7th edition. New York: Aspen Publishers. Wolters Kluwer Law & Business, 2007.

³⁷ ZYLBERSZTAJN, Decio e STAJN, Raquel (org.). *Direito & Economia*. Rio de Janeiro: Editora Campus Elsevier, 2005.

³⁸ TIMM, Luciano Benetti. *Direito e Economia*. São Paulo: IOB/Thomson, 2005.

³⁹ *Op. Cit.*

⁴⁰ ARMANDO CASTELLAR PINHEIRO e JAIRO SADDI apontam os principais pontos da *Law and Economics*: “(...) a maior parte do movimento do Direito e Economia vê o direito como um conjunto de incentivos para determinar o comportamento humano por meio do sistema de preços e outros incentivos econômicos (...) supondo, em larga medida, o ser humano como um ser racional (...) o comportamento humano reage a estímulos pecuniários, tendo em vista esta premissa: sendo os recursos econômicos escassos, a decisão será aquela que maximize o seu bem-estar em face dos recursos de que dispõe. Isso faz do direito um importante instrumento para algumas políticas públicas, em especial aquelas que dependem de seu cumprimento para serem eficazes ou, ainda, por meio dos mecanismos que garantam certa segurança e estabilidade ao sistema”. PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. São Paulo: Elsevier, 2005. p. 17.

⁴¹ Esta é, aliás, uma das premissas que guiam o trabalho de um dos mais polêmicos economistas da atualidade, STEVEN D. LEVITT, para o qual “os incentivos são a pedra de toque da vida moderna.” LEVITT, Steven D; DUBNER, Stephen J. *Freakonomics: O lado oculto e inesperado de tudo o que nos afeta*. 12ª edição. Tradução: Regina Lyra. São Paulo: Campus/Elsevier, 2005. p. 15.

⁴² Ao longo de artigo sobre os limites da análise econômica nas decisões judiciais, PATRICIA M. WALD refere algumas questões: Podem as técnicas da análise econômica do direito ser usadas em alguns casos sem aceitar e avançar premissas críticas da totalidade da escola do Direito e da Economia? Em quais casos estas técnicas podem ser utilizadas? O que acontece quando as partes

motivo, tentativas da implementação de uma corrente “socializante” dentro do contexto da *Law and Economics*⁴³, bem como eventuais contrapontos, tais como a Análise Jurídica da Política Econômica, a qual busca uma maior interdisciplinariedade e que tem em MARCUS FARO DE CASTRO⁴⁴ um de seus maiores defensores. Veja-se, é essencial apontar, que a própria corrente da *Law and Economics* tem tipos e teses diferenciados, como bem observa HORACIO SPECTOR⁴⁵.

Em que pesem as críticas existentes, algumas construtivas, outras não, o importante a constatar é que a sociedade do século XXI possui demandas novas e crescentes, a ocasionar inclusive o surgimento de “novos direitos”⁴⁶ – os quais impõem a criação de novos instrumentos institucionais e legais para o atendimento de tais pleitos. Destarte, a sociedade atual cobra responsabilidades e resultados dos órgãos públicos, seja a curto, médio ou longo prazo, devendo o valor eficiência⁴⁷ ser introjetado em toda instituição pública, para que ela cumpra de modo efetivo seus objetivos. É por causa disso que o Ministério Público, neste

não colocaram sua disputa em termos econômicos? Como pode a linguagem (econômica) ser adaptada para fazer-se compreensível para os juízes e para as partes? É necessário prever o comportamento das pessoas supondo-se que eles sempre maximizem o bem para si mesmos? WALD, Patricia M. Limits on the Use of Economic Analysis in Judicial Decision Making. In *Law and Contemporary Problems*, Vol. 50, No. 4, Economists on the Bench (Autumn, 1987), pp. 225-244.

⁴³ Em uma tentativa de integrar o direito tradicional com a *Law and Economics*, trazendo à tona o Princípio da Eficiência Econômico-Social (PESS), ver GONÇALVES, Everton das Neves e STELZER, Joana. *O Direito e a Law and Economics: possibilidade interdisciplinar na contemporânea análise econômico-jurídica internacional*. Disponível em:

⁴⁴ Para as observações sobre as interações entre “interesses econômicos” e “ideais econômicos”, bem assim questionamentos sobre as relações entre o Poder Judiciário e as autoridades econômicas (jurisdição e política econômica), vide CASTRO, Marcus Faro. In Ver. TST, Brasília, vol nº 68, jan/mar 2002. P. 190-203.

⁴⁵ Refere o autor que “*El Análisis Económico del Derecho puede incluir tesis de índole diferente. Es muy importante distinguir estas tesis para evitar equívocos y objeciones infundadas. En primer lugar está la tesis normativa: el Derecho debe ser eficiente. En segundo lugar, la tesis predictiva: puesto que las personas son agentes racionales podemos utilizar la teoría económica para predecir cómo se comportarán en función de los incentivos y desincentivos generados por las normas jurídicas. En tercer lugar está la tesis descriptiva, según la cual cierto sistema jurídico (por ej., el common law) es eficiente. Finalmente, está la tesis evolucionista, que afirma que el Derecho tiende a adoptar normas eficientes*”. SPECTOR, Horacio. *Elementos de Análisis Económico del Derecho*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 13

⁴⁶ Para uma introdução ao tema, vide WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma Teoria Geral dos “Novos Direitos”. In os “novos” direitos no brasil: natureza e perspectivas: uma visão nova das novas conflituosidades jurídicas. Antônio Carlos Wolkmer e José Rubens Morato leite (org.) São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1-29.

⁴⁷ O qual é, a bem da verdade, um dos conceitos chave da *Law and Economics*.

cenário, deve reforçar sua atuação junto à sociedade na tentativa de equilibrar a busca pela eficiência e pelo justo, conceitos que, em uma análise apriorística e superficial podem ser considerados incompatíveis, mas podem e devem ser harmonizados, especialmente naqueles campos em que esta corrente de pensamento tem maior possibilidade de aplicação, tais como na implementação de políticas públicas, na técnica legislativa, na defesa do consumidor, no direito administrativo, no direito da concorrência e regulação, no direito econômico, no direito societário etc.

5. Questões em torno do Orçamento Público.

O Ministério Público tem papel importante na manutenção do Estado Democrático de Direito, conforme prevê a própria Constituição em seu art. 127, *caput*⁴⁸. Nesta senda, umas das vertentes mais importantes para a concretização deste Estado Democrático de Direito é a utilização, de modo transparente, conforme os ditames da Boa Governança, do orçamento público. Tal concepção significa que a Boa Governança não pode “(...) consistir numa simples política de alocação de recursos e de boas práticas orçamentais, se necessário autoritariamente impostas, com desprezo dos direitos fundamentais e humanos e dos princípios basilares da democracia e do Estado de direito”, mas sim “uma boa governança traduzida na gestão necessária, adequada, responsável e sustentável dos seus recursos naturais e financeiros”⁴⁹.

Destarte, o Ministério Público tem importante atuação no campo atinente ao Orçamento Público, uma vez que ele atua tanto (i) na questão da captação de receita (fiscalização da sonegação, assinatura de termos de compromisso de ajustamento de conduta para regularizar situações potencialmente ilícitas), bem como na (ii) indução da “boa” despesa, seja em âmbito institucional interno ou junto a outros órgãos públicos, tanto no âmbito do Executivo (indução de políticas

⁴⁸ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

⁴⁹ CANOTILHO. . p. 333.

públicas), do Legislativo (indução de processos legiferantes tendentes à promulgação de leis com temática específica) ou do Judiciário (utilização dos meios e instrumentos judiciais para concretizar disposições constitucionais e legais).

Neste panorama, a Gestão Estratégica do Ministério Público tem ligação intrínseca com o Orçamento Público, visando ao atendimento aos vetores da eficiência e da produtividade, atendendo às demandas tanto dos membros e servidores como dos demais órgãos públicos e da sociedade civil organizada.

O planejamento financeiro e tático de uma entidade, ou seja, estabelecer como, onde, em que momento e em quais áreas utilizar seus recursos determinará a capacidade do órgão em ser eficiente, eficaz e efetivo⁵⁰. Confirmando este posicionamento, eis as palavras de HELIO SAUL MILESKI:

Em qualquer campo da atividade humana, especialmente os que envolvam a produção de bens e serviços, seja propiciando a geração de riquezas, seja para o atendimento do interesse coletivo, é imprescindível a utilização do planejamento, no sentido de que possa haver uma utilização adequada e pertinente dos recursos materiais, humanos e financeiros e que possibilite uma ação racional, com mais eficácia e eficiência, para o atingimento dos objetivos propostos. Quando essas questões envolvem o poder Público e a sociedade, tendo em conta a precariedade

⁵⁰ Em que pese a inexistência, entre os autores da área, de concordância a respeito da carga semântica dos termos eficiência, eficácia e efetividade, uma boa referência pode ser obtida junto ao Tribunal de Contas da União (TCU), órgão federal máximo na fiscalização das contas e gastos públicos dos órgãos circunscritos àquela esfera de poder. SÍLVIO GHELMAN refere o documento do TCU intitulado *Técnicas de Auditoria: Indicadores de Desempenho e Mapa de Produtos* (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Brasil). *Técnica de auditoria: indicadores de desempenho e mapa de produtos*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2000.), seguindo a linha da Organização Internacional de Entidades de Fiscalização Superiores, ratifica o seguinte posicionamento acerca de cada um dos conceitos acima externados: “Eficiência: É a relação entre os produtos (bens e serviços) gerados por uma atividade e os custos dos insumos empregados em um determinado período de tempo. Eficácia: É o grau de alcance das metas programadas em um determinado período de tempo, independente dos custos implicados. Efetividade: É a relação entre os resultados alcançados e os objetivos que motivaram a atuação institucional. Em outras palavras, é a relação entre os impactos reais observados na população e os impactos que seriam esperados decorrente da ação institucional”. In GHELMAN, Sílvio. *Adaptando o Balanced Scorecard aos preceitos da Nova Gestão Pública*. Universidade Federal Fluminense- Centro Tecnológico - Laboratório de Tecnologia, Gestão de Negócios e Meio Ambiente – LATEC, Niterói, 2006. p. 22. Disponível em <http://www.gespublica.gov.br/>. Data de Acesso: 31.07.2007.

de recursos para o atendimento do elevado grau das necessidades coletivas, com muito mais razão deve o Estado se utilizar do planejamento, a fim de poder investir e prestar melhores serviços, com uma aplicação mais inteligente dos seus recursos⁵¹.

Assim, o próprio Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, atento aos novos influxos do direito, da economia e da gestão, construiu um programa denominado Gestão Estratégica do Ministério Público 2022 – GEMP 2022, que pretende construir projeções de curto, médio e longo prazos, considerando os dados sócio-econômicos estaduais e nacionais disponíveis, para antecipar as grandes necessidades e/ou alterações institucionais do MP, visando sempre a efetividade em suas ações. Neste contexto, conjugam-se técnica e ética⁵².

6. Efetivação de Direitos Fundamentais e Reserva do Possível.

A concretização de Direitos Fundamentais é uma das principais atribuições do Estado Democrático de Direito. O Estado deve implementar políticas que resguardecem e concretizem tais direitos. Assim, o Ministério Público tem papel importante no sentido de buscar tais efeitos, seja junto aos órgãos públicos, judicial ou extrajudicialmente, ou junto à sociedade civil organizada, inclusive por meio de interações com o terceiro setor. Porém, como referido no ponto anterior, existem

⁵¹ MILESKI, Hélio Saul. *O Controle da Gestão Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 52.

⁵² Confira-se a confluência em FÁBIO KONDER COMPARATO, ao tratar da ética necessária para um mundo solidário. COMPARATO com a palavra, preocupado com a nova arquitetura institucional exigida pela realidade política atual assim se manifesta: “Em primeiro lugar, há uma função política indispensável para os dias de hoje, e totalmente ausente do esquema clássico. É a função de previsão e planejamento. Não é preciso invocar o lugar-comum da “aceleração da História” para perceber que um Estado que não sabe aonde vai, porque seus dirigentes são incapazes de enxergar o futuro, navega ao léu, e fica sujeito ao risco de naufrágio. A metáfora não é gratuita, pois os filósofos gregos sempre compararam o governo da pólis à pilotagem de uma nau, e os vocábulos *kubernetes*, em grego, e *gubernator*, em latim, designavam em sentido próprio o piloto e em sentido figurado o governante. É indispensável, pois, criar um órgão de planejamento independente dos demais, encarregado com exclusividade de direcionar a ação dos poderes públicos e de toda a sociedade, no rumo do pleno desenvolvimento. A ele, e só a ele, incumbirá a elaboração dos planos e orçamentos-programas de políticas públicas, os quais serão aprovados pelo legislativo e aplicados pelo Executivo. Na composição do órgão planejador, é essencial impedir o desvio burocrático. Nele devem estar presentes, portanto, representantes qualificados dos diferentes grupos – étnicos, econômicos e culturais – que compõem a sociedade”. COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: Direito, Moral e Religião no mundo moderno*. Companhia das Letras: São Paulo, 2006. p. 673-674.

limitações financeiras (orçamentárias) para que estas disposições tornem-se realidade.

Devemos estar cientes de um conflito existente entre escassez de recursos e o direito a prestações. Pode o direito oferecer uma resposta segura para situações em que os recursos sejam limitados? Pode apontar uma solução para quem o Estado deva atender ou não atender em um cenário de falta de meios econômicos para satisfazer a todos?

Afinal, como refere LUIZ FERNANDO CALIL DE FREITAS ,

é inevitável reconhecer que uma das maiores, senão a maior, dificuldade do respectivo implemento é a circunstância de que alguns direitos fundamentais, em especial os direitos a prestações positivas só efetivamente existem na exata medida em que a lei e as políticas sociais os garantam. (...) a medida de sua implementação (dos direitos sociais) com maior ou menor intensidade varia na razão direta da existência de recursos disponíveis para tais utilizações⁵³.

Nesta direção, a resposta a esses questionamentos está intrinsecamente ligada ao que se possa entender como eficácia e efetividade dos direitos sociais, os chamados direitos prestacionais, em que o Estado deve agir para concretizar direitos (sem descuidar, evidentemente, de que outros direitos além dos sociais, tais como as liberdades civis, possuem custos para serem implementados). Apesar dos direitos fundamentais estarem no topo de prioridades de um Estado Democrático de Direito, é necessário atentar para a realidade econômica e orçamentária do Estado.

Considerando este aspecto importante a doutrina construiu conceito denominado de “reserva do possível”: as ações do Estado são dependentes da escassez de recursos econômicos existentes, bem assim do direcionamento dos recursos

⁵³ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Direitos Fundamentais: Limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. P. 173

orçamentários. Existe um “custo” para a implementação dos direitos, para utilizar a expressão cunhada por FLÁVIO GALDINO em livro sobre o tema⁵⁴.

A elevação do nível da realização dos direitos fundamentais estará sempre condicionada pelo volume de recursos suscetível de ser mobilizado para esse efeito. Nessa visão, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais (destes em especial, sem exclusão de outros direitos, como referido anteriormente). Vale dizer, é necessário não apenas que a norma outorgue certa capacidade de atuação para o seu destinatário como também existam recursos materiais que tornem possível a satisfação do direito, fatores que consubstanciam a cláusula antes mencionada.

INGO WOLFGANG SARLET, sintetizando a questão da reserva do possível, sustenta que ela possui, ao menos, uma “dimensão tríplice” uma vez que envolve em um primeiro momento, “a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais”. Após, “a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos (...)”⁵⁵. Ainda, no que toca ao provável titular de um direito prestacional, a reserva do possível age como baliza de proporcionalidade da prestação, considerando ainda sua exigibilidade e sua razoabilidade.

O papel do Ministério Público, nesta linha, é auxiliar, induzir e influenciar os agentes públicos e políticos a priorizarem o atendimento aos direitos fundamentais. O orçamento deve estar vinculado à concretização da dignidade humana ou do “mínimo existencial”, o conjunto formado pela seleção dos direitos sociais, econômicos⁵⁶ e culturais considerados mais relevantes, por integrarem o núcleo da dignidade da pessoa humana. É imperioso esclarecer, todavia, as

⁵⁴ GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos Direitos - Direitos não nascem em Árvores* São Paulo: Lumen Juris, 2005.

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 304 Para maiores aprofundamentos, p. 301-305.

⁵⁶ Veja-se, considerando a temática do texto, o posicionamento do professor LUCIANO BENETTI TIMM, para o qual a livre iniciativa tem status de direito fundamental, inerente à dignidade humana. TIMM, Luciano Benetti. O Direito Fundamental à livre iniciativa: na teoria e na prática institucional brasileira: in Revista da Ajuris. V. 34 – número 106, junho de 2007. p. 107-124.

dificuldades inerentes ao estabelecimento do rol de direitos que compõe este mínimo existencial (os quais podem variar em intensidade, prioridade e concretização, conforme as concepções ideológicas e metas de determinado governo e/ou sociedade), bem como o fato de que eles não podem ser implementados imediatamente, reféns que são das restrições orçamentárias e da constante evolução das relações sociais, sinalizando, algumas vezes, por um distanciamento entre teoria e prática.

7. O Combate à Corrupção e a Guarda do Meio Ambiente.

Para se alcançar este Estado de Boa Governança, o Ministério Público tem papel fundamental, em especial no combate à corrupção. A corrupção é responsável, em grande parte, pela falta de operacionalidade econômica do país. Um país corrupto, com instituições frágeis, apresenta níveis de impunidade altos, estanca o crescimento econômico, impede uma arrecadação de impostos satisfatória, o que reflete em um orçamento público restrito e incapaz de atender as demandas sociais, inclusive àquelas atinentes a direitos fundamentais. Sem medidas eficientes e efetivas capazes de estancar esta sangria, o círculo virtuoso que deve embasar o desenvolvimento econômico fica incapacitado.

Assim, o combate a corrupção é uma das pedras de toque para a implantação de um sistema econômico dinâmico e de instituições confiáveis. Um país corrupto não alcança o desenvolvimento econômico, como já constatou o Banco Mundial⁵⁷. O Índice de Liberdade Econômica⁵⁸ demonstra a veracidade da

⁵⁷ O Banco Mundial, por exemplo, constatou que a corrupção é um dos maiores fatores a impedir o desenvolvimento social e econômico dos países e considera os seguintes itens essenciais para sua redução, todos relacionados a uma gestão pública democrática, transparente e pluralista: a) aumentar o credibilidade/confiança das instituições políticas; b) fortalecer a participação popular; c) criar restrições institucionais ao poder; d) criar um setor privado competitivo; e e) aprimorar a administração no Setor Público. Disponível em: <http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/index.cfm> Data de acesso: 31.07.2007.

⁵⁸ O Índice de Liberdade Econômica (*Index of Economic Freedom*) é um índice elaborado pelo instituto americano Heritage Foundation em parceria com o diário "The Wall Street Journal" o qual avalia o grau de [liberdade econômica](#) de 157 países. A pesquisa considera dez categorias de liberdade econômica na pesquisa, quais sejam: nos negócios; no comércio; liberdade fiscal; de intervenção do governo; monetária; de investimentos; financeira; de corrupção; do trabalho; e direitos de propriedade. Segundo o relatório, que posiciona o Brasil em 70º lugar, o país sofre com

assertiva, o qual constatou que no Brasil existe uma burocracia ineficiente e corrupta, um sistema judiciário ineficiente, sujeito à corrupção, bem como sistemas regulatórios confusos e vagarosos.

Em termos financeiros, a corrupção custa US\$ 3,5 bilhões por ano ao Brasil, sendo que o valor corresponde à perda de produtividade anual provocada por fraudes públicas, segundo MARCOS FERNANDES, coordenador da Escola de Economia de São Paulo, FGV⁵⁹. Por seu turno, o Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário referiu que o país perde, todos os anos, o equivalente a 32% de sua arrecadação tributária devido à corrupção e ineficiência na administração da máquina pública. O prejuízo com a corrupção no país chegou a R\$ 234,5 bilhões em 2005, considerando uma arrecadação total de R\$732,8 bilhões⁶⁰. Refira-se, ainda, os escândalos na área de licitações, que movimentaram R\$ 130 bilhões de reais⁶¹ no ano de 2003, isto apenas no âmbito da União. Estes números consolidam o Brasil na posição de nº 70 no Ranking da Transparência Internacional, no Índice de Percepção de Corrupção de 2006, que levou em conta 163 países, ao lado de países como Senegal, Gana e Peru.

uma burocracia "altamente ineficiente e corrupta", que reduz as liberdades para negócios e investimentos. "O sistema Judiciário é ineficiente e sujeito à corrupção, como outras áreas do setor público", diz o documento. "Devido à grave inflexibilidade regulatória, abrir um negócio demora mais de três vezes a média mundial." "O sistema fiscal confuso, as barreiras ao investimento estrangeiro, a gestão governamental da maior parte dos setores elétrico e de petróleo e de uma parte significativa do sistema bancário, o Judiciário fraco e um sistema regulatório complicado" estão entre os principais obstáculos à liberdade econômica do Brasil, diz o estudo. Maiores detalhes em www.heritage.org/index/. Data de Acesso: 25.07.2007.

⁵⁹ Segundo o professor, "Com as péssimas qualidades das leis, da governabilidade e do ambiente de negócios, as empresas hesitam em investir no País e deixam de criar emprego e renda para a sociedade. Para ter idéia do que significa a perda de produtividade provocada pela corrupção no Brasil, basta comparar o volume de dinheiro empenhado pelo governo no Ministério dos Transportes. Até agosto, foram cerca de R\$ 5,3 bilhões em obras de infra-estrutura de transportes, como estradas, hidrovias, ferrovias e portos - bem abaixo da perda de produtividade anual calculada em US\$ 3,5 bilhões, ou R\$ 7,5 bilhões convertidos pelo dólar de R\$ 2,17". Disponível em <http://www.cqh.org.br/?q=node/246>. Data de Acesso: 10.07.2007.

⁶⁰ Corrupção leva R\$234,5 bi do Leão. In *Diário do Comércio*, 04/10/2006.

⁶¹ Para se ter uma idéia, naquele mesmo ano de 2003, cerca de R\$20 bilhões de reais foram desviados, quase 15% do total. Além disso, conforme PINHEIRO JUNIOR, "cerca de 25% a 30% dos processos do gênero apresentam alguns vícios, muitos destes ocorrendo não por má-fé da administração pública, mas por editais que não são bem elaborados. PINHEIRO JÚNIOR, José. *Licitação, do Edital ao Processo*. Disponível em http://www.conlicitacao.com.br/norton/jornal_do_comercio.htm. Data de Acesso: 10.07.2007

O caminho é longo. O combate à Improbidade Administrativa e outras formas de corrupção deve ser acirrado cada vez mais, uma vez que, conforme o Índice de Competitividade Global 2006-2007 do Fórum Econômico Mundial, o Brasil caiu nove posições no ranking internacional, de 57º para 66º, ficando abaixo dos demais países que formam o BRIC⁶².

É por isso que iniciativas como o Programa Nacional de Modernização do Sistema de Controle das Contas Públicas⁶³ devem ser valorizadas. As investigações protagonizadas pela Polícia Federal e pelas Polícias Estaduais, em conjunto com o Ministério Público e o Judiciário, também. Além disso, a transparência deve ser implementada, principalmente naqueles nichos em que existe maior possibilidade de incidência de corrupção⁶⁴. A produtividade como uma das metas dos servidores

⁶² “BRIC” é um acrônimo cunhado pelo grupo [Goldman Sachs](#), para designar os quatro principais países emergentes do mundo: Brasil, Rússia, Índia e China. Trata-se de um estudo que prevê que em 2050 os países citados terão um papel importantíssimo na economia mundial. Foram utilizadas projeções demográficas e um modelo de acumulação de capital e de crescimento de produtividade, sendo mapeados o Produto Interno Bruto, a renda per capita e movimentos de valor das moedas nas economias “BRIC” até 2050. Se as projeções forem corretas, em menos de 40 anos as economias integrantes do BRIC podem ser maior que o G6 ([Estados Unidos da América](#), [Japão](#), [Inglaterra](#), [Alemanha](#), [França](#) e [Itália](#)) tomando-se por base o dólar americano. O *paper* original (WILSON, Dominic; PURUSHOTHAMAN, Roopa. *Dreaming With BRICs: The Path to 2050*. Global Economic Paper nº 99, 1st October 2003) pode ser acessado no seguinte endereço: <http://www2.goldmansachs.com/insight/research/reports/99.pdf>. Data de Acesso: 25.07.2007

⁶³ Uma iniciativa importante nesta seara é o Programa Nacional de modernização do Sistema de Controle das Contas Públicas. Segundo VICTOR JOSÉ FACCIONI, presidente da Atricon – Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (Brasília, DF) o programa tem como participantes o Ministério do Planejamento, o Banco Interamericano de Desenvolvimento, a Atricon e o Instituto Ruy Barbosa, além do Ministério Público e o Judiciário.

O objetivo do Programa é o fim da impunidade por todos os meios, revendo inclusive a legislação, que muitas vezes parece abrir brechas para os escândalos que a imprensa vem denunciando.

⁶⁴ LUIZ NASSIF em recente coluna, publicada em 27/05/2007, intitulada “A Busca da Transparência”, adverte a respeito da existência de três grupos em que existe maior incidência de corrupção; i) compras públicas de produtos commoditizados (comparáveis); ii) grandes contratos de obras que demandem projetos; e iii) entidades reguladoras, que podem tomar medidas para beneficiar indevidamente empresas; Algumas propostas: i) realização de todas compras por meio de Bolsa Eletrônica; ii) Desenvolvimento de um Sistema integrado, disponível na Internet, organizando as principais informações (lista de obras contratadas, órgão responsável, vencedor da licitação, preço final, etc); iii) Montagem de Conselho Técnico, envolvendo a Corregedoria da República ou o Tribunal de Contas, para identificar políticas monetárias e resoluções da CVM que sejam absurdas, exigindo explicações técnicas dos responsáveis. NASSIF, Luiz. A busca pela Transparência. Disponível em: http://z001.ig.com.br/ig/04/39/946471/blig/luisnassifeconomia/2007_05.html. Data de Acesso: 15.07.2007

públicos também é importante⁶⁵ na busca por um estado capaz de assegurar a boa governança, desgarrado da corrupção.

O Meio Ambiente e sua respectiva conservação também é uma das demandas mais prementes da atualidade. Questões como recursos hídricos, aquecimento global, unidades de conservação ambiental e desenvolvimento sustentável são essenciais e estão na pauta de prioridades da ONU, pelo menos desde a década de 1970, perpassando a ECO-92, e inclusive no âmbito de suas metas para o milênio⁶⁶. Não é diferente quanto ao Brasil. Apesar das imensas dificuldades operacionais, especialmente no que tange à fiscalização e implementação de alternativas para a preservação do meio ambiente, o fato é que o país está na vitrine do mundo, considerando seus inúmeros potenciais e reservas naturais existentes.

É evidente que o meio ambiente é e sempre será explorado pela humanidade. O ponto aqui não é determinar a ocorrência ou não da exploração, mas sim a implementação de um “desenvolvimento econômico ambientalmente sustentável”,

⁶⁵ No campo da produtividade, ANTÔNIO ERMÍRIO DE MORAES, um dos maiores empresários do Brasil, em artigo veiculado na Folha de São Paulo do dia 10/06/2007, fl. A2, comenta a sua preocupação com o quadro de longo prazo dos gastos do governo da União com os seus servidores. Considerando a receita utilizada com gastos com pessoal, e que tende a aumentar, o aumento da produtividade no setor público é a solução a ser seguida, segundo o empresário. O princípio da produtividade deve ser implementado tanto no setor público como no privado, sendo que em estudo específico sobre o setor público seus autores concluem que o governo do Brasil gasta demais para oferecer serviços públicos precários. Entre 1998 e 2003, a máquina pública gastou 20% do PIB. Se o país fosse mais eficiente, a despesa poderia ser 40% menos (MARCELO PIANCASTELLI e colaboradores, “Reforma do Estado, Responsabilidade Fiscal e Metas da inflação, IPEA, 2006). Prossegue ANTONIO ERMÍRIO DE MORAES dizendo que ainda existe um grande espaço para melhorar a eficiência dos serviços públicos, em especial nas áreas de administração, educação e saúde. Neste cenário, torna-se indispensável o trabalho com um sistema de metas e de estimulação dos setores eficientes. O crescimento depende do equilíbrio das contas do governo e da eficiência de seus serviços. Sem isso, não há progresso. MORAES, Antônio Ermírio. *A produtividade do Setor Público*. In *Folha de São Paulo*, 10/06/2007, Suplemento Dinheiro, fl. A2.

⁶⁶ A [Declaração do Milênio](#) foi aprovada pelas Nações Unidas em setembro de 2000. O Brasil, em conjunto com 191 países-membros da ONU, assinou o pacto e estabeleceu um compromisso compartilhado com a sustentabilidade do planeta. Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio são um conjunto de 8 macro-objetivos, a serem atingidos pelos países até o ano de 2015, por meio de ações concretas dos governos e da sociedade, podendo ser assim resumidos: 1) erradicar a extrema pobreza e a fome; 2) atingir o ensino básico universal; 3) promover a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres; 4) reduzir a mortalidade infantil; 5) melhorar a Saúde Materna; 6) combater o HIV/AIDS, a malária e outras doenças; 7) garantir a sustentabilidade ambiental; 8) estabelecer uma parceria mundial para o desenvolvimento. Estes objetivos se subdividem em 18 metas e em 48 indicadores.

parafraseando o título de exposição do professor da Universidade de Columbia, DON MELNICK⁶⁷ recentemente apresentada na faculdade de Direito da UFRGS⁶⁸. O que deve ser frisado é que estamos vivenciando uma espécie de “crise civilizacional”, com reflexos alarmantes especialmente no campo do Meio Ambiente, como argumenta PLAUTO FARACO DE AZEVEDO⁶⁹.

A conscientização acerca da escassez dos recursos naturais ocasionou o surgimento de uma corrente denominada de economia ecológica, que refoge da economia tradicional e cujo pioneiro foi NICHOLAS GEORGESCU-ROEGEN⁷⁰. No Brasil, os estudos de HUGO PENTEADO⁷¹ encontram-se realçados (“ecoecologia”) e visam o encontro entre a economia e outras disciplinas e campos do conhecimento, com a incorporação da realidade física, ecológica, social e planetária nos seus modelos (econômicos). Nas palavras do economista “a economia está em cheque com a realidade. Propor crescimento sem avaliar as condições necessárias e sem mensurar os resultados socioambientais não se justifica mais, tanto pelos descabimentos ambientais quanto pelas questões sociais⁷²”.

⁶⁷ DON J. MELNICK é doutor em Antropologia Física, formado em História, Antropologia e Biologia. Atualmente detém a posição que já foi de Thomas Hunt Morgan, como professor de Biologia Conservacionista na Universidade de Columbia. Além disso, é o Diretor Executivo do Centro de Pesquisa Ambiental e conservação (CERC), um consórcio de organizações incluindo a Universidade de Columbia, o Museu de História Natural, o Jardim Botânico de Nova York, a Sociedade de Preservação da Vida Selvagem etc. Ele é um dos co-diretores da Força-Tarefa dos objetivos do Milênio da ONU, especificamente na questão de Desenvolvimento Sustentável.

⁶⁸ A palestra foi proferida no dia 22/06/2007, às 9h30min, no Salão de Atos da Faculdade de Direito da UFRGS.

⁶⁹ O professor gaúcho, em interessante livro, fala sobre a atual crise da civilização – a qual se desdobra na política, na ética, na ciência e no direito, com seus respectivos efeitos alarmantes no âmbito do direito ambiental e da própria vida humana. Abordando o contexto do direito ambiental e dos principais pontos nevrálgicos e polêmicos da área, tais como o conceito de desenvolvimento sustentável, o uso da água, os transgênicos, o terrorismo, o lixo produzido pela humanidade etc. ele finaliza sua exposição dizendo que “o limite do sistema econômico atual é ecológico. Para superar a crise civilizacional presente, urge mudar de rota, no sentido de uma ecocivilização, em que, respeitando-se os direitos humanos, o homem se reconheça como parte da natureza, e não como seu senhor, que dela pode dispor a seu bel-prazer. AZEVEDO, Plauto Faraco de Azevedo. *Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 134.

⁷⁰ Para uma introdução à obra do matemático, estatístico economista romeno, veja-se, MAYUMI, Kozo. *The Origins of Ecological Economics: The Bioeconomics of Georgescu-Reogen*. New York: Routledge, 2001.

⁷¹ Veja-se PENTEADO, Hugo. *Ecoeconomia: uma Nova Abordagem*. São Paulo: Lazuli, 2003.

⁷² PENTEADO, Hugo. A estranha lógica da economia. In *Folha de São Paul*, 02.07.2007, Debates Tendências.

Este suposto choque entre economia e meio ambiente pode muito bem ser equacionado. A utilização de ferramentas legais e econômicas para a preservação do meio ambiente, aliás não é novidade (o exemplo mais emblemático, ainda que com suas limitações, é o Protocolo de Kyoto, o qual, mesmo não assinado pelos Estados Unidos tem sido acolhido por grande parte dos estados da federação americana). Pode-se, ainda, citar iniciativas como a questão do “desmatamento evitado” (valorização de regiões de floresta, tornando-se economicamente vantajosa a preservação e não a exploração de determinada área), bem como o rol de estudos existentes no âmbito do Ministério do Meio Ambiente, junto a sua Secretaria de Desenvolvimento Sustentável, a fim de concretizar instrumentos econômicos de gestão ambiental.

O Ministério Público por atribuição tanto constitucional (129, III, CF) como ordinária (art. 14, §1º, da Lei 6.938/81) é legitimado para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente e deve acirrar o combate aos poluidores, consciente de que a defesa do meio ambiente é um dos princípios constitucionais reguladores da atividade econômica, como refere MARCELO SCIORILLI⁷³.

Sublinhe-se que ambas as áreas citadas (combate à corrupção e guarda do meio ambiente) são importantíssimas para a concretização do desenvolvimento sustentável, termo, aliás, que engloba muitos dos requisitos atinentes ao “mínimo existencial”, anteriormente exposto. Isto se explica pelo fato de que o combate à corrupção aumenta a arrecadação, ocasionando aumento do orçamento e desenvolvimento econômico. Por seu turno, a guarda do meio ambiente faz com que os setores produtivos – por meio de sanções pecuniárias, por exemplo -, tomem consciência de que os recursos naturais não são plenamente renováveis e devem ser cultivados para que a própria economia não entre em colapso. Situar-se entre estes dois grandes pólos de modo efetivo é uma das principais missões do Ministério Público.

⁷³ SCIORILLI, Marcelo. *A ordem econômica e o Ministério Público*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 50-51.

8. Considerações finais

O importante a consolidar, após a exposição até agora feita, é o seguinte: (i) Direito e Economia apresentam conexões; (ii) a implementação da Boa Governança nos órgãos públicos é essencial para um Estado que, de um lado, trabalha com recursos orçamentários escassos e, por outro, tem cidadãos com necessidades que, se não são ilimitadas, possuem demanda muito maior do que a sua real possibilidade de concretização; (iii) a ética, ou a busca por ela, deve ser um dos valores fundamentais tanto do setor público como do setor privado, incluído aí o mercado e o mundo dos negócios; (iv) o Ministério Público tem papel importante na implementação/indução da ética na fiscalização dos mercados, concretizando seu papel no combate à corrupção e na implementação de políticas respeitadoras de direitos humanos; (v) para que um órgão público tenha legitimidade em cobrar uma postura ética da sociedade civil e do setor privado, deve adotar os canônes da Boa Governança; (vi) a eficiência econômica, pautada em ações baseadas na ética e equidade pode e deve ser implementada, inclusive no âmbito do meio ambiente, um dos *fronts* de atuação ministerial.

Em suma, a busca pela harmonização entre o direito e a economia é essencial. O professor DECIO ZYLBERSZTAJN, um dos maiores incentivadores da área, refere que é necessário encontrar uma “convergência”⁷⁴ entre os conceitos-chaves destas duas ciências (*i.e* justiça-equidade, de um lado, e eficiência, do outro⁷⁵). No mesmo sentido, LUIZ CARLOS BRESSER PEREIRA em artigo a respeito dos “capitalismos” vigentes nos Estados Unidos e na União Européia aduz que “a eficiência não é produto da simples competição, mas da combinação da competição com a cooperação, do individualismo com o solidarismo, do mercado livre com sua

⁷⁴ Eis o posicionamento do professor DÉLCIO ZYLBERSZTAJN, em entrevista junto à BOVESPA, quando questionado sobre o que é mais relevante abordar na aproximação do Direito e Economia: “Há uma questão que pode ser o ponto de conclusão dessa dicotomia entre eficiência e justiça. O objetivo do Direito é fazer Justiça, portanto a equidade tem um papel importante, especialmente em sociedades em que há uma grande inequidade. Mas há do lado da Economia a visão da eficiência. Este critério, por vezes, ignora ou coloca em um plano diferente o tema da equidade. A convergência, porém, é fundamental”. Disponível em <http://www.bovespa.com.br/Investidor/Juridico/060202NotA.asp>. Data de Acesso: 05.07.2007

⁷⁵ Sobre a temática da eficiência e equidade, veja-se POLINSKY, A . Mitchell. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1985. p. 19-22.

administração⁷⁶". Ou seja, mesmo o mercado sendo o fator principal da coordenação econômica, ele é socialmente erigido, devendo ser regulado, uma vez que não é construção pronta, acabada e perfeita.

O homem, como animal social que é, possuidor de valores, "não têm como se *despir* no momento de suas ações econômicas. É pelo menos parcial, portanto, a idéia da completa amoralidade no agir do *homem econômico*, como argutamente observa RUI ZOCH⁷⁷. O valor da variável moral na equação econômica ainda não foi mensurado, mas é fato que a postura ética maximiza a produtividade, fator gerador de riquezas.

O próprio ADAM SMITH, considerado o pai da economia e do capitalismo modernos também era filósofo moralista, tendo como estrutura central de seu pensamento o "paradigma do homem prudente, figura virtuosa que aparentemente se aparta do indivíduo autocentrado apenas nos seus interesses pessoais enquanto agente econômico"⁷⁸.

O pragmatismo e o utilitarismo da economia não podem ser absolutos, porém tem validade. Vislumbra-se, em realidade, a necessidade de uma complementaridade entre a Microeconomia e a Macroeconomia no âmbito de aplicação selecionado, *i.e.*, o Direito, resguardados os princípios fundantes do último.⁷⁹

Trata-se, no fundo, de resgatar a perspectiva holística da concepção cultural do Direito, e de suas interfaces éticas, o que é dizer, também, econômicas.

⁷⁶ BRESSER-PEREIRA Luiz Carlos. Dois Capitalismos. *In Folha de São Paulo*, 16/07/2007, B2.

⁷⁷ Vide ZOCH, Rui. *O Divórcio entre a Ética e a Economia. Reflexões a partir das idéias morais de Adam Smith*. Paper apresentado no doutorado da USP (2006), a ser publicado em coletânea organizada por FÁBIO KONDER COMPARATO.

⁷⁸ Op. Cit.

⁷⁹ Nessa esteira, são importantes as palavras de ARMANDO CASTELLAR PINHEIRO e JAIRO SADDI: "o jurista não pode, em sua consciência, desprezar o imenso ferramental das outras ciências, com o qual é possível compreender melhor a conduta humana. O Direito é, por excelência, um indutor de condutas; assim, a intersecção entre os fenômenos econômicos e jurídicos deve perseguir o mesmo ideal de todas as áreas de conhecimento, qual seja, promover a justiça e a equidade do sistema social como um todo". PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. São Paulo: Elsevier, 2005. p. 16.

Bibliografia:

- ALVAREZ, Alejandro Bugallo. *Análise Econômica do Direito: contribuições e desmistificações*. Direito, Estado e Sociedade – v.9 nº 29 p. 49-68. Jul/dez. 2006. Disponível em: http://publique.rdc.puc-rio.br/direito/media/Bugallo_n29.pdf.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de Azevedo. *Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- BRESSER-PEREIRA Luiz Carlos. Dois Capitalismos. *In Folha de São Paulo*, 16/07/2007, B2.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “ ‘Brançosos’ e Interconstitucionalidade: itinerário dos discursos sobre a Historicidade Constitucional. Coimbra: Almedina, 2006
- CASTRO, Marcus Faro. *Julgar a Economia*. *In Revista do TST*, Brasília, vol nº 68, jan/mar 2002. p. 190-203.
- COMPARATO. Fábio Konder. *Ética: Direito, Moral e Ética no Mundo Moderno*. São Paulo: Companhia das Letras. 2006.
- COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 4th edition. Addison-Wesley series in economics 2004.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *A Constituição Viva: cidadania e direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- DAHL, Robert. A . *Sobre a Democracia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.
- DIAS, Jorge de Figueiredo Dias. O papel do Direito Penal na Proteção das Gerações Futuras. *In Boletim da Faculdade de Direito*. Boletim comemorativo do 75.º tomo do Boletim da Faculdade de Direito (BFD) Coimbra, 2003. P.. 1123-1138.
- FARIA, José Eduardo. (Direito e Justiça no século “XXI”. A crise da justiça no Brasil. Texto preparado para o Seminário “Direito e Justiça no Século XXI”, Coimbra, Centro de Estudos Sociais, de 29 de maio a 1 de junho de 2003.
- FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos Fundamentais: Limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos Direitos - Direitos não nascem em Árvores* São Paulo: Lumen Juris, 2005.

GHELMAN, Sílvio. *Adaptando o Balanced Scorecard aos preceitos da Nova Gestão Pública*. Universidade Federal Fluminense- Centro Tecnológico - Laboratório de Tecnologia, Gestão de Negócios e Meio Ambiente – LATEC, Niterói, 2006. 86p. Disponível em <http://www.gespublica.gov.br/>. Data de Acesso: 31.07.2007.

GONÇALVES, Everton das Neves e STELZER, Joana. *O Direito e a Law and Economics: possibilidade interdisciplinar na contemporânea análise econômico-jurídica internacional*. Berkeley Program in Law & Economics. Latin American and Caribbean Law and Economics. Association (ALACDE) Annual Papers (University of California, Berkeley) Year 2007 Paper 050207-01 Disponível em <http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1059&context=bple>. Data de Acesso: 01.08.2007.

KAPLAN R S e NORTON D P. "The balanced scorecard: measures that drive performance", *Harvard Business Review* Jan – Feb pp. 71–80, 1992.

KRELLE, Wilhelm E. *Economics and Ethics 1: The Microeconomic Basis*. Berlim – Heidelberg: Springer-Verlag, 2003.

LEVVIT, Steven D; DUBNER, Stephen J. *Freaknomics: O lado oculto e inesperado de tudo o que nos afeta*. 12ª edição. Tradução: Regina Lyra. São Paulo: Campus/Elsevier, 2005.

MARTINS, Ives Gandra. *Ética no Direito e na Economia*. São Paulo: Thomson Learning, 1999.

MAYUMI, Kozo. *The Origins of Ecological Economics: The Bioeconomics of Georgescu-Reogen*. New York: Routledge, 2001.

MILESKI, Hélio Saul. *O Controle da Gestão Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MORAES, Antônio Ermírio. *A produtividade do Setor Público*. In *Folha de São Paulo*, 10/06/2007, Suplemento Dinheiro, fl. A2.

NASSIF, Luiz. A busca pela Transparência. Disponível em: http://z001.ig.com.br/ig/04/39/946471/blig/luisnassifeconomia/2007_05.html. Data de Acesso: 15.07.2007

NASSUNO, Mariane e KAMADA, Priscilla Higa (Org). *Balanço da Reforma do Estado no Brasil: a Nova Gestão Pública*. Coleção Gestão Pública. Brasília: MP, SEGES 2002.

Disponível em http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/TerceirosPapers/Livro_Balanco_Reforma_Estado_Brasil.pdf

PENTEADO, Hugo. *Ecoeconomia: uma Nova Abordagem*. São Paulo: Lazuli, 2003

PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. São Paulo: Elsevier, 2005

PINHEIRO JÚNIOR, José. *Licitação, do Edital ao Processo*. Disponível http://www.conlicitacao.com.br/norton/jornal_do_comercio.htm. Data de Acesso: 28.07.2007

POLINSKY, A . Mitchell. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1985. POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 7th edition. New York: Aspen Publishers. Wolters Kluwer Law & Business, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7^a edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCIORILLI, Marcelo. *A ordem econômica e o Ministério Público*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. São Paulo: CIA DAS LETRAS, 1999

SILVA. Marcos Fernandes Gonçalves da. *Ética e Economia: Uma Abordagem Econômica, Política e Organizacional*. São Paulo: Campus, 2006.

SMITH, Clifford W. "Agency Costs". In *The New Palgrave Dictionary of Money and Finance*. Edited by John Eatwell, Murray Milgate and Peter Neuman. London: Palgrave Macmillan, 1994. p. 26-27

SPECTOR, Horacio. *Elementos de Análisis Económico del Derecho*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia*. São Paulo: IOB/Thomson, 2005.

VIZZOTTO, Vinicius Diniz. *Green Shares: Design, Concept and Principal-Agent problem in the Environmental Mutual Fund Industry*. Hamburg: 2009. 63 pgs.

ZOCH, Rui. *O Divórcio entre a Ética e a Economia. Reflexões a partir das idéias morais de Adam Smith*. Paper apresentado no doutorado da USP (2006, pendente de publicação em coletânea organizada por FÁBIO KONDER COMPARATO).

ZYLBERSZTAJN , Décio e STAJN, Raquel (org.). *Direito & Economia*. Rio de Janeiro: Editora Campus Elsevier, 2005.

WALD, Patricia M. Limits on the Use of Economic Analysis in Judicial Decision Making *Law and Contemporary Problems*, Vol. 50, No. 4, Economists on the Bench (Autumn, 1987), pp. 225-244 doi:10.2307/1191462.

WILSON, Dominic; PURUSHOTHAMAN, Roopa. DreamingWith BRICs: The Path to 2050. Global Economic Paper nº 99, 1st October 2003. Disponível em <http://www2.goldmansachs.com/insight/research/reports/99.pdf>. Data de Acesso: 25.07.2007

WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma Teoria Geral dos “Novos Direitos”. In os “novos” direitos no brasil: natureza e perspectivas: uma visão nova das novas conflituosidades jurídicas. Antônio Carlos Wolkmer e José Rubens Morato leite (org.) São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1-29.

Documentos:

Relatório de Pesquisa nº 11/2000. EAESP-FGV, NPP – Núcleo de Pesquisas e Publicações. Disponível em <http://www.eaespgv.org.br/AppData/GVPesquisa/Rel11-2000.pdf> . Data de Acesso: 15.07.2007.

Páginas Visitadas:

Banco Mundial. Disponível em: <http://www1.worldbank.org>. Data de acesso: 31.07.2007.

Controladoria Geral da União: <https://bvc.cgu.gov.br/> Data de Acesso: 20/06/2010

Fundo Monetário Internacional – FMI - Disponível em: <http://www.imf.org/> Data de acesso: 28.07.2007

Reflexões acerca do sistema eleitoral brasileiro: a “tragédia democrática” e o *wiki-tesarac*

Romano José Enzweiler¹⁰⁴

“Aquilo que tem um preço pode ser substituído por algo equivalente. Já aquilo que está além de qualquer preço, e que não admite qualquer equivalente, possui dignidade.”

Kant – *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*

Nota introdutória 1. Explicando os sistemas eleitorais “clássicos”; 1.1. Sistema majoritário; 1.2. Sistema proporcional; 1.3. Voto e sistema distrital misto; 2. Sistema eleitoral na Carta Política brasileira de 1988; 3. A “tragédia democrática”: inconsistências e rupturas estruturais; 4. *Wiki-tesarac* e os destinos da democracia.¹⁰⁵

Nota introdutória

O divórcio havido entre eleitores e eleitos, a dissonância percebida entre o tempo da economia, o da política¹⁰⁶ e o da justiça estatal, o esvaziamento democrático-

¹⁰⁴ Juiz de Direito em São Bento do Sul/SC, Brasil. Mestre em Relações Econômicas e Sociais Internacionais, Universidade do Minho/Portugal. Mestre em Gestão de Políticas Públicas, Universidade do Vale do Itajaí/Brasil. Autor das obras *Os desafios de tributar na era da globalização*, ed. Diploma Legal, 2000, e *Dimensões do sistema eleitoral – o distrital misto no Brasil*, ed. Conceito Editorial, 2008.

¹⁰⁵ Texto gramaticalmente revisado pela Profa. MSc. Maria Tereza de Queiroz Piacentini.

¹⁰⁶ Assim Buchanan (*apud* GIACOMONI, James. *Orçamento público*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 33), de maneira curiosa e bem-posta, atribui o aumento das despesas públicas à indisfarçável disputa que ocorre entre o “processo político” e o “processo de mercado”. Ora, sustenta o autor, uma vez que o mercado distribui renda de forma desigual e o processo político distribui votos indistintamente, este último tende a valorizar, no momento da decisão, aquelas questões capazes de atrair a maior quantidade de votos. Portanto, a racionalidade econômica (bem-estar coletivo,

representativo, a total ausência de amálgama social para sustentar espaços público-estatais de discussão e convivência, o desencantamento advindo da impossibilidade material de acesso universal, igualitário e imediato aos benefícios oferecidos pelo mundo pós-industrial, a sensação generalizada de corrupção em todos os níveis de poder, a certeza da impunidade/imunidade de governantes desonestos e a ineficiência grotesca na gestão da coisa pública parecem refletir, em boa medida, o colapso do sistema político ocidental¹⁰⁷.

De fato, há claras e inequívocas manifestações de que estamos fartos da política e, mais especialmente, dos políticos, chegando-se a afirmar que o “modelo democrático tradicional” dá mostras de seu esgotamento.

Gostaria de explicitar, desde já, que em minha leitura – não obstante ser inquestionável a natural limitação dos sistemas eleitorais (afinal, não se transforma o caráter dos homens por decreto) –, pode sim o conjunto de leis específicas (o sistema) ajudar na formação de países com maior densidade democrática (civismo) e, portanto, acredito que o “desempenho institucional” brasileiro (nossa busca pela prosperidade) é mesmo grandemente influenciado (mas não só efeito dele), como ricamente demonstrado no estudo de Robert Putnam¹⁰⁸ retratando o caso italiano, pela modelagem legal, de tudo dependente, é certo, do tipo de representação política que formos capazes de construir.

Todavia, percebo também que um novo modo de participação/convivência societária está a se forjar a partir das redes sociais (*web 2.0*), e sua influência sobre

planejamento de longo prazo) cede passo à oportunidade instantânea de captação de votos (populismo), cujos efeitos são de todos conhecidos.

¹⁰⁷ “De fato há duas espécies de utopia: as utopias proletárias socialistas que têm a propriedade de nunca se realizarem, e as utopias capitalistas que têm a má tendência de se realizarem frequentemente”. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 1999, p. 110. “Ironicamente, a supremacia filosófica da democracia liberal se faz acompanhar de uma crescente insatisfação com seus resultados práticos. De Moscou a East Saint Louis, da Cidade do México ao Cairo, aumenta o desespero com as instituições públicas.” PUTNAM, Robert D. *Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna*. Trad. Luiz Alberto Monjardim. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 19.

¹⁰⁸ PUTNAM, Robert D. *Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna*. Trad. Luiz Alberto Monjardim. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, 260p.

a “nova democracia” ainda não foi suficientemente compreendida. Com efeito, a questão não é bizantina, afeta a todos e reflete-se vivamente sobre os alicerces da república¹⁰⁹.

Também não deve ser desprezado, adverte Donald Saari¹¹⁰, o fato de que pequenas mudanças em qualquer sistema eleitoral podem trazer significativas alterações nos resultados das eleições.

Muito mais do que pura teorização democrática, é a partir do poder político – em que pese a anomia estatal decorrente da desmaterialização das fronteiras com a globalização e virtualização dos mercados – que definimos os custos e benefícios coletivos e individuais (quem paga e quem usufrui), a alocação das receitas públicas (via orçamento), a consecução das políticas sociais (educação, saúde, segurança), e definimos a dimensão do Estado nos negócios privados (ajuda financeira aos bancos e programas de estabilização econômica são alguns exemplos). Pelo repensar do sistema eleitoral evitamos, ou não, episódios insólitos como o ocorrido nas eleições presidenciais norte-americanas de 1824, ocasião em que ascendeu ao poder John Quincy Adams, contrariando a maioria da vontade popular e do próprio Colégio Eleitoral. É através de um sistema eleitoral íntegro que se distribuem racionalmente os pesos dos votos entre cidadãos dos estados federados.

Acredito e defendo, com sinceridade, que a partir de uma reflexão qualificada seja possível entendermos e aceitarmos a noção de “limites”: *“limites para o que podemos saber e fazer no universo físico”* [princípio da incerteza, de Heisenberg], *“limites para quais verdades podemos descobrir usando a lógica matemática”* [teorema da incompletude, de Gödel] *“e limites para o que podemos*

¹⁰⁹ Lembra Ingo W. Sarlet, em obra seminal e de rara elegância, que os direitos políticos encontram-se dentre os direitos fundamentais de primeira dimensão. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

¹¹⁰ Conforme anotado por Crato, “Saari é um dos matemáticos e especialistas de ciência política que se têm dedicado a estudar os problemas da chamada escolha pública, uma área que sofreu um grande desenvolvimento na segunda metade do século XX”. CRATO, Nuno. *A matemática das coisas*. 9 ed. Lisboa: Gradiva, 2010, p. 31.

conseguir na tentativa de implementar a democracia” [como demonstrou Kenneth Arrow¹¹¹].

O reconhecimento de limites reais à nossa capacidade de compreensão e equacionamento dos dilemas humanos, todavia, não deve entorpecer nossos sentidos sociais, nem gerar uma falsa sensação de derrota, desânimo ou conformismo.

Pelo contrário, o desafio que proponho, qual seja, a rediscussão do espaço democrático, passa justamente pela superação desses limites e surge como uma alternativa à tragédia anunciada. É possível dizer, com James Stein¹¹², que *“por séculos procuramos uma pedra filosofal que transmutaria metais básicos em ouro. Fracassamos, mas o desejo de achar a pedra filosofal nos levou à teoria atômica e ao entendimento da Química”*. É provável que a procura por um sistema eleitoral do tipo “ideal”¹¹³ (que não signifique simplesmente a “melhor representação possível”, mas que implique uma maior participação popular, coesão social, interesse coletivo, que nos atraia honestamente para o debate e possibilite a real auditoria dos atos políticos – *accountability*) seja a nossa “pedra filosofal”. Talvez também fracássemos ao tentar encontrá-lo ou concebê-lo. Entretanto, afigura-se igualmente aceitável vislumbrar a (re)descoberta das possibilidades da política, nos limites da vida presente, como resultado dessa busca que nunca se encerra.

Por isso à mesa, novamente, os sistemas eleitorais.

¹¹¹ “Kenneth J. Arrow, matemático e economista norte-americano, prêmio Nobel em 1972, estudou um conjunto de condições eleitorais aparentemente razoáveis, tais como a discutida transitividade de preferências, e mostrou que não há nenhum sistema eleitoral democrático que satisfaça simultaneamente todas essas condições. Que se pode fazer então? Matematicamente o problema não tem solução, mas a sociedade não precisa de sistemas perfeitos, mas sim de regras que conduzam a escolhas coletivamente aceites, mesmo que sejam falíveis e aproximadas.” CRATO, Nuno. *A matemática das coisas*. 9 ed. Lisboa: Gradiva, 2010, p. 31. STEIN, James D., *Como a matemática explica o mundo*. Trad. Marcio de Paula Hack. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. 284p.

¹¹² STEIN, James D., *Como a matemática explica o mundo*. Trad. Marcio de Paula Hack. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. 284p.

¹¹³ Debate-se o tema desde os tempos do “paradoxo de Condorcet”, passando pelo “teorema de Arrow”, pelo de “Gibbard-Satterthwaite”, pela “representação justa”, pelo “voto insincero”, pelo paradoxo “do Alabama”, pelo paradoxo “da população” e pelo paradoxo dos “novos estados”, chegando-se ao “teorema de Balinski-Young” e ao método “Huntington-Hill”.

Se observarmos com atenção, o traço marcante a envolver o tema (sistemas eleitorais) é a desinformação. Diante da ausência de um mínimo de rigor conceitual, vão se formando opiniões destituídas de seriedade, dominadas por interesses corporativos, políticos ou econômicos, manifestadas sem qualquer compromisso com a verdade.

Conhecer os limites do sistema eleitoral pode vir a fortalecer a democracia, ainda mais em um país que conta, como o nosso, com o terceiro maior eleitorado do planeta, atrás apenas da Índia e dos Estados Unidos.

Portanto, de fato, como referido por Dahl¹¹⁴, a paisagem política de um país democrático é fortemente influenciada por seu sistema eleitoral. Definir a fórmula eleitoral significa balizar as regras do jogo democrático, possibilitando a transformação de votos em cadeiras no Legislativo ou em cargos no Executivo.

As opções apresentadas variam entre emprestar maior estabilidade aos governos (majoritaristas) ou representatividade às minorias (proporcionalistas).

Um terceiro caminho pretende aproveitar as vantagens de ambos os sistemas: do majoritário, a governabilidade; do proporcional, a representatividade. Designa-o boa parte da literatura de "distrital misto".

1. Explicando os sistemas eleitorais "clássicos"

O sistema eleitoral encontra-se inserido num contexto mais amplo, o sistema político, o qual abrange, *v.g.*, o Poder Legislativo, o sistema judiciário, o sistema partidário e a organização político-administrativa federada ou unitária do Estado¹¹⁵.

¹¹⁴ DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Editora UnB, 2001. 230p.

¹¹⁵ OLIVEIRA E SILVA; IANOMI, 1999.

De efeito, as regras estabelecidas pelo sistema eleitoral, transformadoras de votos em mandatos e, decorrentemente, em poder, existem também para auxiliar a viabilização da vida plural, isto é, para tornar a democracia¹¹⁶ real¹¹⁷.

Tem-se conceituado a expressão “sistema eleitoral” como o “conjunto articulado e coerente de regras, de procedimentos e de mecanismos que convertem sufrágios, atribuídos pelos eleitores a partidos e a candidatos, em cadeiras legislativas ou em outros postos eletivos a serem ocupados por partidos e por candidatos”¹¹⁸.

A literatura estrangeira tem estudado os sistemas eleitorais a partir de suas características mais importantes, destacando sete parâmetros, a saber: “(i) fórmula eleitoral, (ii) magnitude dos distritos eleitorais, (iii) barreira eleitoral, (iv) número total dos membros de uma assembleia eleita, (v) influência das eleições presidenciais sobre as eleições legislativas, (vi) grau de desproporcionalidade e (vii) vínculos eleitorais interpartidários”¹¹⁹.

Quanto à “natureza” do voto (personalizado ou partidário), muito ainda se discute, havendo recente e acalorado debate promovido no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal.

¹¹⁶ A propósito, “por ‘democracia’ entende-se uma das várias formas de governo, em particular aquelas em que o poder não está nas mãos de um só ou de poucos, mas de todos, ou melhor, da maior parte, como tal se contrapondo às formas autocráticas, como a monarquia e a oligarquia. Um Estado liberal não é necessariamente democrático: ao contrário, realiza-se historicamente em sociedades nas quais a participação no governo é bastante restrita, limitada às classes possuidoras. Um governo democrático não dá vida necessariamente a um Estado liberal: ao contrário, o Estado liberal clássico foi posto em crise pelo progressivo processo de democratização produzido pela gradual ampliação do sufrágio até o sufrágio universal” (BOBBIO, 2005, p. 7-8). Das três dimensões democráticas conhecidas (a democracia parlamentar, a de partidos e a de público), a que mais se destaca é a “de público”, a qual, conforme anota Nogueira (1998, p. 227), possui traços distintivos assentados na presença de um novo protagonista, “o eleitor flutuante, e na existência de um novo fórum, os meios de comunicação de massa”.

¹¹⁷ “Se é certo, contudo, que não há sistema eleitoral perfeito, também o é que a realização do modelo democrático depende, grandemente, do sistema eleitoral, pois é ele que oferece o melhor processo de representação, a verdade da representação, a participação do povo na organização e dinâmica do poder” (ANTUNES, 1998).

¹¹⁸ TAVARES, 1998, p. 203. Do mesmo modo Baquero (2000, p. 20), Avelar e Cintra (2007, p. 293), Búrigo (2002, p. 33) e Ramayana (2004, p. 90).

¹¹⁹ LIJPHART, 2003, p. 170

De fato, algumas democracias enfatizam os atributos dos candidatos, isto é, o voto personalizado, enquanto outras priorizam o voto partidário, apresentando-se de singular importância, portanto, a modelagem do sistema eleitoral. A maior ou menor personalização do voto pode derivar do sistema eleitoral em três aspectos: (i) o processo de seleção de candidatos pelos partidos, (ii) a possibilidade oferecida aos eleitores para votarem em candidatos e (iii) a magnitude do distrito eleitoral¹²⁰.

Como visto, os sistemas eleitorais ou pertencem à família do princípio majoritário ou à do sistema proporcional¹²¹.

1.1. Sistema majoritário

Entende-se por sistema majoritário, de acordo com a literatura jurídica, “a representação, em dado território (circunscrição ou distrito), cabível ao candidato ou candidatos que obtiverem a maioria (absoluta ou relativa) dos votos”¹²².

Os sistemas majoritários são didaticamente divididos em três grupos: (i) maioria simples, (ii) dois turnos e (iii) voto alternativo. O sistema inglês de “maioria simples”¹²³, também designado Westminster¹²⁴, é o primeiro e mais antigo

¹²⁰ NICOLAU, 2002.

¹²¹ “Para a consecução desses objetivos, foram concebidos e funcionam nas democracias pluralistas e competitivas contemporâneas dezenas de sistemas eleitorais, cada um dos quais, embora particular e específico, opera segundo um dentre dois princípios fundamentais, que se excluem mutuamente, de justiça política distributiva: (1) o princípio da maioria, de acordo com o qual aquele partido que, no distrito ou colégio eleitoral, obtém a maioria absoluta em primeiro turno e, alternativamente, a maioria relativa em segundo turno (*o ballottage*), recebe todas as cadeiras ou postos em disputa, ou (2) o princípio da proporcionalidade, segundo o qual todas as cadeiras legislativas ou postos eletivos a ocupar são distribuídos entre os partidos em proporção à magnitude relativa dos votos que cada um recebeu” (TAVARES, 1998, p. 204).

¹²² [SILVA, 1994, p. 352-4.](#)

¹²³ “Existe uma variedade de termos em inglês para designar este sistema: *first-past-the-post*, *plurality*, *relative majority*, *simple majority*, *single member*, *single plurality*. A fórmula de maioria simples é utilizada para eleger os Deputados do Reino Unido e de diversos outros países, a maioria dos quais ex-colônias britânicas (EUA, Canadá, Índia, Bangladesh, Malawi e Nepal)” (NICOLAU, 2004b, p. 18).

¹²⁴ “É no Palácio de Westminster, em Londres, que se reúne o Parlamento do Reino Unido. A versão britânica do modelo Westminster não só constitui o exemplo original, como também o mais famoso” (LIJPHART, 2003, p. 27).

modelo dominante na representação política, surgido na Inglaterra do século XIII¹²⁵, “antes das técnicas de representação proporcional, que vieram posteriormente a dominar a partir do século XIX”¹²⁶.

Três principais argumentos são apresentados em favor do sistema de maioria simples: primeiro, ele garante a representação territorial de todos os distritos. Segundo, possibilita uma relação eleitor-eleito mais próxima e direta, facilitando o controle do mandato. Finalmente, induz a estabilidade do governo¹²⁷. Este sistema apresenta três variações – (i) voto em bloco individual, (ii) voto em bloco partidário e (iii) voto único não transferível¹²⁸.

O princípio nuclear do sistema majoritário baseia-se na eleição do candidato mais votado¹²⁹, sendo estabelecido, via de regra, um representante para cada distrito eleitoral, ou seja, para cada unidade territorial na qual os votos dos eleitores convertem-se em cadeiras. “Nesses casos, diz-se que a magnitude do distrito eleitoral (M) é igual a um ($M = 1$)”¹³⁰.

Desta forma, fica claro que no sistema majoritário inexistente preocupação com a representatividade (pelo contrário, diz-se que a mecânica do sistema de maioria simples prejudica os pequenos partidos e os grupos sociais minoritários cujos votos não sejam espacialmente concentrados, tendendo a constituir sistemas bipartidários¹³¹, como se vê no Reino Unido, Estados Unidos e Nova Zelândia) mas,

¹²⁵ “O Reino Unido utiliza o sistema de maioria simples para as eleições de representantes à Câmara dos Comuns desde a origem do Parlamento medieval em 1264” (NICOLAU, 2004b, p. 18).

¹²⁶ LIMA JR., 1999.

¹²⁷ OLIVEIRA E SILVA; IANOMI, 1999.

¹²⁸ NICOLAU, 2004b.

¹²⁹ “O sistema majoritário tem o propósito de assegurar apenas a representação do(s) candidato(s) mais votado(s) em uma eleição. Em geral, a fórmula majoritária é utilizada em distritos uninominais. Nesse caso, o candidato mais votado recebe 100% da representação e os outros partidos, independentemente da votação, ficam sem representação” (NICOLAU, 2004b, p. 17).

¹³⁰ OLIVEIRA E SILVA; IANOMI, 1999, p. 21-22.

¹³¹ “Uma proposição da análise política comparada que se tornou muito conhecida é a de que o método da maioria simples favorece os sistemas bipartidários. Maurice Duverger (1964, p. 217 e 226) diz que essa proposição se aproxima ‘de uma verdadeira lei sociológica’. Inversamente, os sistemas de Representação Proporcional e de dois turnos (como o método francês da maioria absoluta/maioria simples) estimulam o multipartidarismo” (LIJPHART, 2003, p. 190).

ao contrário, o que se almeja é a governabilidade¹³².

Sistema Proporcional

Diz-se proporcional o sistema eleitoral “através do qual se assegura aos diferentes partidos políticos no parlamento uma representação correspondente à força numérica de cada um. Ele objetiva, assim, fazer do parlamento um espelho tão fiel quanto possível do colorido partidário nacional”¹³³. Consoante Ramayana¹³⁴, no sistema proporcional “a representação é distribuída equitativamente, considerando as forças ideológicas e o território (circunscrição)”. Refere-se, portanto, à garantia de “equidade matemática entre os votos e as cadeiras dos partidos que disputaram uma eleição”¹³⁵. Para Tavares¹³⁶, representação proporcional “é aquela em que o sistema eleitoral assegura, para cada um dos diferentes partidos, uma participação percentual na totalidade da representação parlamentar e, por via de consequência, na constituição do governo (se o sistema de governo for parlamentar) ou pelo menos no controle sobre ele (se o sistema de governo for presidencial), igual à sua participação percentual na distribuição das preferências, materializadas em votos, do corpo eleitoral”.

Extraí-se do conceito proposto que o sistema proporcional encontra fundamento na equação democrática “um homem, um voto”¹³⁷.

Ao contrário do que ocorre com os sistemas majoritários, os sistemas proporcionais priorizam a representação e a vocalização das minorias¹³⁸. Como se

¹³² “Os sistemas majoritários têm como propósito garantir a eleição do(s) candidatos(s) que obtiver(em) mais votos. (...) Os principais argumentos em defesa dos sistemas majoritários é que eles tendem a produzir governos unipartidários e permitem que os eleitores tenham maior controle sobre a atividade dos representantes” (NICOLAU, 2004b, p. 11).

¹³³ FERREIRA, 1991, p. 154.

¹³⁴ RAMAYANA, 2004, p. 91.

¹³⁵ NICOLAU, 2004b, p. 37.

¹³⁶ TAVARES, 1994, p. 123.

¹³⁷ SOARES; LOURENÇO, 2002.

¹³⁸ “As primeiras fórmulas eleitorais implantadas acompanharam o sistema inglês de maioria simples, sobretudo em suas ex-colônias na América e na Oceania. Progressivamente os países ali localizados foram todos optando por fórmulas proporcionais, exceto França e Alemanha, após a II GG. Atualmente, 59 países adotam o sistema de pluralidade, 56 o de proporcionalidade, 26 alguma

lê amiúde, “diferentemente do sistema majoritário, cujo princípio é a eleição do representante partidário mais votado, o sistema proporcional busca a equidade na relação entre os votos recebidos pelos partidos e as cadeiras parlamentares ocupadas por cada um, de modo que a distribuição dos postos legislativos corresponda, aritmeticamente, ao desempenho eleitoral das diversas correntes organizadas, majoritárias ou minoritárias, que concorrem no pleito. O objetivo do sistema proporcional é garantir que um partido que receba 10% dos votos ocupe 10% das cadeiras, o que receba 20% ocupe 20% e assim por diante, para assegurar a representação fiel da pluralidade de opiniões da sociedade ou dos partidos expressa nos votos dos eleitores”¹³⁹.

Portanto, “na prática, o princípio proporcional de decisão se traduz em fórmulas eleitorais mediante as quais os partidos ou candidatos conquistam uma cadeira parlamentar cada vez que atinjam um certo montante de votos (quociente eleitoral, média maior ou resto maior, por exemplo). Como princípio representativo, o princípio proporcional considera que as eleições têm, como principal função, a de representar no parlamento, na medida do possível, todas as forças sociais e grupos políticos existentes na sociedade, na mesma proporção de seu respectivo apoio eleitoral. Em outras palavras, o princípio proporcional dá toda a ênfase à representatividade. Quer-se refletir o mosaico social”¹⁴⁰.

Sua origem tem sido creditada à inspiração do revolucionário Mirabeau¹⁴¹ e aos esforços do professor e Ministro das Finanças dinamarquês Carl Andrae¹⁴².

das formas de sistema misto e 25 ainda mantêm o sistema de maioria” (LIMA JÚNIOR, 1999, p. 20).

¹³⁹ OLIVEIRA E SILVA; IANOMI, 1999, p. 22.

¹⁴⁰ CINTRA, 2000.

¹⁴¹ NICOLAU, 2004b, p. 37.

¹⁴² NICOLAU, 2004a, p. 222. O trabalho de Carl Andrae não teve a devida repercussão na Europa e foi, assim, a obra “Tratado sobre eleição de representantes, parlamentar e municipal”, publicada pelo jurista Thomas Hare, em 1859, que “teve grande impacto sobre o debate político de meados do século XIX. Para ele, o propósito fundamental de um sistema eleitoral era assegurar a representação das opiniões individuais, e não das comunidades ou partidos políticos. Por isso, os eleitores deveriam ter a mais ampla possibilidade de escolha não só de partidos mas, sobretudo, de seus representantes individuais. (...) Em ‘O Governo Representativo’, de 1861, John Stuart Mill defendeu a introdução do sistema eleitoral proposto por Hare como forma de viabilizar o governo representativo modelo. Ele acreditava que o sistema proposto por Hare poderia elevar a qualidade dos parlamentares britânicos” (NICOLAU, 2004b, p. 38-9).

Foi a Bélgica, de Victor D'Hondt (e não a Dinamarca, como pensam alguns), o primeiro país a adotar a representação proporcional de lista nas eleições para a Câmara dos Deputados, em 1899, “baseando-se no princípio de que a função primordial de um sistema eleitoral é permitir a representação das opiniões da sociedade expressas pelos partidos políticos”¹⁴³.

Ademais, diferentemente do que se poderia imaginar, o sistema proporcional foi em seu princípio preconizado pelos liberais, como Mill, e não pelos socialistas. E isso porque a progressiva universalização do voto fez com que se temesse a exclusão das “minorias educadas” da representação política, caso permanecesse em vigor o sistema majoritário¹⁴⁴.

Para que um dado sistema eleitoral possa ser tido como proporcional, de acordo com as proposições de Hare e D'Hondt, cujos contornos restaram esboçados acima, critérios foram sendo desenvolvidos pelos teóricos que se dedicam ao tema. Refere-se, assim, que “a perfeita proporcionalidade pode ser alcançada, pelo menos em princípio, para um corpo legislativo de cem membros”, ao passo que se pode já falar em proporcionalidade de representação a partir de uma legislatura de dez membros¹⁴⁵.

De se sublinhar que inexistiu dissidência sobre a data do início da entrada em vigor, no Brasil, das regras disciplinadoras do sistema proporcional. O que, entretanto, normalmente se olvida é que o Senador do Império e conhecido intelectual e homem das letras José de Alencar, nos idos de 1868, já o defendia, consoante pode ser observado nesta passagem: “ ‘(...) É evidente que um país estará representado quando seus elementos integrantes o estiverem na justa

¹⁴³ “Nas duas primeiras décadas do século XX, outros países europeus também o fizeram: Finlândia (1906), Suécia (1907), Holanda (1917), Suíça (1919) e Itália (1919). As razões foram as mais variadas. Na Bélgica e na Suíça, a segmentação étnica e religiosa foi um forte estímulo para a adoção da representação proporcional. Na Alemanha e Itália, ela foi patrocinada pelos partidos socialistas, que eram os grandes prejudicados pela mecânica do sistema majoritário de dois turnos, pois no segundo turno as forças antissocialistas recorrentemente se uniam contra eles” (NICOLAU, 2004b, p. 43).

¹⁴⁴ CINTRA, 2000.

¹⁴⁵ LIJPHART, 2003, p. 180.

proporção das forças e intensidade de cada um”¹⁴⁶. Vale também recordar que no ano de 1893 o então Deputado Assis Brasil levantou idêntica proposta sem, contudo, conseguir concretizá-la, o que se deu apenas com o “advento do primeiro Código Eleitoral, de 1932”¹⁴⁷.

Como é cediço, a primeira República brasileira foi marcada por forte sentimento federativo, de inspiração norte-americana e, assim, os Estados-membros gozavam de maior autonomia, inclusive legislativa. Portanto, não é de estranhar que o sistema proporcional tenha sido inaugurado entre nós pelo Estado do Rio Grande do Sul, em 1913, durante o governo de Borges de Medeiros.

Atualmente, no Brasil¹⁴⁸, são eleitos pelo sistema proporcional os Vereadores, os Deputados estaduais e os Deputados federais, seguindo comando constitucional e critérios de cálculo estabelecidos no Código Eleitoral (em vigor desde 1965).

Voto e sistema distrital misto

Observam os autores especializados que a expressão “voto distrital” tem sido mal compreendida, já que normalmente se confunde com voto por maioria simples em distritos uninominais, como ocorre no sistema eleitoral britânico ou norte-americano. Todavia, anotam, “tanto nos sistemas majoritários quanto nos proporcionais, alguma forma de distrito sempre se adota, pois a representação política é de caráter territorial, e não corporativa ou profissional, como o permitia a Constituição de 16 de julho de 1934, em seu art. 23”¹⁴⁹.

¹⁴⁶ FLEISCHER *et al*, 2005, p.67.

¹⁴⁷ BÚRIGO, 2002; PORTO, 2006, p. 222.

¹⁴⁸ “A incompatibilidade funcional entre presidencialismo e representação proporcional com pluripartidarismo congressional, que fora há longo tempo enfatizada no Brasil por Raul Pilla e Miguel Reale, é hoje um consenso na ciência política internacional, compartilhado por autores de tão diferentes tendências como Arend Lijphart, Giovanni Sartori, Mark Jones e Scott Mainwaring” (TAVARES, 1998, p. 16).

¹⁴⁹ CINTRA, 2000.

Registra Nicolau¹⁵⁰ que mistos são os sistemas eleitorais “que utilizam simultaneamente aspectos dos dois modelos de representação (proporcional e majoritário) em eleições para o mesmo cargo. (...) Nos países que utilizam os sistemas mistos, a combinação mais frequente é entre a representação proporcional de lista e o sistema de maioria simples”.

Comenta a literatura, por seu lado, da possibilidade de se vincular o surgimento e ascensão do nacional-socialismo na Alemanha com o sistema eleitoral marcadamente proporcional adotado em 1919, na Constituição de Weimar¹⁵¹. “Conforme deixa claro Hans Meyer, ‘sobre nenhuma outra questão debruçou-se mais o Conselho Parlamentar do que sobre a questão eleitoral’. Apesar de ser um pensamento extremamente simplista aquele que entende o sistema proporcional da República de Weimar como uma das causas da ascensão de Hitler, os temores por ele provocados surtiram dois efeitos importantes na sistemática eleitoral alemã: (1) o sistema eleitoral foi constitucionalizado, deixando à Lei Fundamental alemã a regulamentação para a legislação ordinária, para que uma necessária eventual modificação não fosse deveras dificultada; (2) o sistema eleitoral adotado foi o resultado de concessões recíprocas e, em princípio, provisórias, entre aqueles que defendiam a adoção do sistema majoritário, usando como argumento o referido caso de Weimar, e os defensores do sistema proporcional”¹⁵².

Assim, a preocupação do momento residia em criar um modelo que mantivesse igualmente a representação popular (reflexo das opiniões políticas

¹⁵⁰ NICOLAU, 2004b, p. 63.

¹⁵¹ “No período pós-guerra, a Alemanha concebeu, ao cabo de elaborados estudos e paciente negociação política, que incluiu também, em alguns momentos, as próprias forças de ocupação, um sistema eleitoral que, sendo proporcional, permite todavia eleger a representação junto ao Bundestag de duas formas. Metade dos Deputados se elege em distritos uninominais, por critério majoritário (maioria simples) e voto personalizado (voto no candidato), e metade mediante listas partidárias estaduais, com os candidatos apresentados ao eleitor na sequência em que deverão ser eleitos. Com esse sistema, materializado na versão atual pela Lei Eleitoral Federal de 7 de maio de 1956, colhem os alemães as vantagens do voto em candidatos, não em partidos, em pequenos distritos, sem perder, contudo, as virtudes do voto partidário, programático, que o sistema de listas permite praticar” (CINTRA, 2000).

¹⁵² SILVA, 1999, p. 80.

existentes entre o eleitorado) e as possibilidades de produção de um órgão funcional, isto é, que priorizasse a governabilidade¹⁵³.

2. Sistema eleitoral na Carta Política brasileira de 1988

Mais detalhada do que as anteriores no que se refere aos direitos políticos, ao sistema partidário e à composição do Congresso Nacional, veio a Constituição Federal de 1988 confirmar a soberania popular exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos. Inovou ao acrescentar, entre as formas de manifestação política popular, (i) o plebiscito, (ii) o referendo e (iii) a iniciativa popular. Sufragou o pluralismo político como um dos fundamentos da nossa República, que se constitui, diz o Texto, em Estado Democrático de Direito. Reservou privativamente à União a competência para legislar sobre direito eleitoral, conferindo *status* de norma superconstitucional ao sufrágio universal, distinguindo-o como cláusula pétrea.

O alistamento eleitoral e o voto passaram a ser (i) obrigatórios para os maiores de dezoito anos; (ii) facultativos para: a) os analfabetos; b) os maiores de setenta anos; c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, sendo condição de elegibilidade, na forma da lei: (i) a nacionalidade brasileira; (ii) o pleno exercício dos direitos políticos; (iii) o alistamento eleitoral; (iv) o domicílio eleitoral na circunscrição; (v) a filiação partidária; (vi) a idade mínima de: a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador; b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e Juiz de Paz; d) dezoito anos para Vereador. São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos. A reeleição dos Chefes do Poder Executivo (Presidente, Governador, Prefeito) foi aprovada pela Emenda Constitucional nº 16, de 4 de

¹⁵³ SILVA, 1999, p. 80. “No imediato pós-guerra, as elites políticas alemãs produziram, fortemente instigadas pelas forças de ocupação, duas memoráveis inovações institucionais: o parlamentarismo, com a moção de censura construtiva – só se derruba um gabinete pela eleição do substituto – e o sistema eleitoral “proporcional personalizado”, tema desta nota. (...) Na Alemanha, o sistema é mais corretamente caracterizável como misto, por combinar, de modo sistemático, votos personalizados com votos em lista ou de legenda” (CINTRA, 2000).

junho de 1997, mas para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito. Restou mantida, ainda, a inelegibilidade no território de jurisdição do titular, do cônjuge e dos parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição. Cabe à lei complementar estabelecer outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício de mandato considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Para a proteção dos mandatos e, pois, das instituições democráticas, prevê a Constituição a vedação da cassação dos direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de (i) cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; (ii) incapacidade civil absoluta; (iii) condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; (iv) recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; (v) improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Buscou-se emprestar um mínimo de estabilidade às regras eleitorais, agregando-se que a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra em até um ano da data de sua vigência.

Nossa Constituição confere *status* especial aos partidos políticos, reservando-lhes um capítulo específico (Título II, Capítulo V) no qual se diz livre a sua criação, fusão, incorporação e extinção, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa

humana, e observados os seguintes preceitos: (i) caráter nacional; (ii) proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; (iii) prestação de contas à Justiça Eleitoral; (iv) funcionamento parlamentar de acordo com a lei. A emenda Constitucional nº 52, de 8 de março de 2006, conferiu autonomia aos partidos políticos para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. Observa-se, também, que os partidos políticos não possuem caráter público, pois são regidos pela lei civil, sendo necessário o posterior registro de seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral. Previu-se, ainda, que os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.

Cumpra não olvidar que o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, e que cada legislatura terá a duração de quatro anos.

A Câmara dos Deputados é formada por representantes do povo, eleitos pelo sistema proporcional em cada Estado e no Distrito Federal. O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados. Esta regra limitadora (máxima e mínima), por Estado da Federação, possui direta pertinência com a composição quantitativa das Assembleias Legislativas nos Estados. De acordo com o Texto Maior, o número de Deputados Estaduais corresponderá ao triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados e, atingido o número de trinta e seis, será acrescido de tantos quantos forem os Deputados acima de doze.

O Senado Federal, diferentemente, escolhe seus representantes adotando o princípio majoritário, cabendo a cada Estado e ao Distrito Federal eleger três Senadores, com mandato de oito anos, sendo que a renovação verificar-se-á de quatro em quatro anos, alternadamente, por um e dois terços. Cada Senador será eleito com dois suplentes.

Portanto, pode-se dizer que o sistema eleitoral brasileiro, consoante definido na Carta de 1988, caracteriza-se essencialmente pelos seguintes aspectos: (i) finca raiz no pluralismo político e na soberania popular exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos; (ii) o alistamento eleitoral e o voto são, regra geral, obrigatórios, sendo facultativos apenas para os analfabetos, os maiores de setenta anos e para os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; (iii) são inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos; (iv) há a possibilidade de reeleição ilimitada para os detentores de mandatos legislativos e, quanto àqueles exercidos pelos Chefes do Poder Executivo (Presidente, Governador e Prefeito), é admitida a reeleição para o mesmo cargo, vedada a candidatura, no território da jurisdição do titular, do cônjuge e parentes até o segundo grau; (v) os partidos políticos são instituições importantes para a vida cívica brasileira, merecendo destaque no texto constitucional. Assim, são de livre criação e regidos pela lei civil com registro posterior de seus estatutos junto ao Tribunal Superior Eleitoral. Poderão coligar-se sem vinculações verticais e deverão definir em seus estatutos normas de disciplina e fidelidade partidárias. Terão eles, ademais, caráter nacional. Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei; (vi) a Câmara dos Deputados elege seus representantes pelo sistema proporcional, observada a população de cada Estado da Federação, sendo que nenhum deles elegerá menos de oito ou mais de setenta Deputados; (vii) o Senado Federal, diferentemente, elege seus representantes adotando o princípio majoritário, cabendo a cada Estado e ao Distrito Federal eleger três Senadores, com mandato de oito anos, sendo que a renovação verificar-se-á de quatro em quatro anos,

alternadamente, por um terço e dois terços. Cada Senador será eleito com dois suplentes¹⁵⁴.

3. A “tragédia democrática”¹⁵⁵: inconsistências e rupturas estruturais

A legislação infraconstitucional (nem sempre atenta à melhor técnica), a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral (nem sempre estabilizada) e a inventividade dos atores envolvidos no processo decisório (nem sempre preocupados com o interesse público), em que pese o analítico detalhamento constitucional acerca dos aspectos nucleares do sistema eleitoral, tornaram ainda mais incompreensível, instável e contraditório o cenário político brasileiro.

De efeito, é inegável referir que o atual modelo utilizado no Brasil, focado no candidato (personalizado), e não no partido, conjugado com a infeliz possibilidade de reeleição para os cargos Executivos (em todos os níveis), induz ao abuso do poder econômico e do poder político, pois o financiamento da campanha (caríssima) acaba se dando pelo esforço pessoal do candidato junto aos seus apoiadores, os quais, as mais das vezes, esperam o “retorno do investimento” na forma de favorecimentos ilegais e quando da realização das compras governamentais (com ou sem licitação).

Indubitavelmente, o sistema eleitoral brasileiro, até hoje, na visão do próprio Tribunal Superior Eleitoral - TSE, continha interpretação desfavorável aos partidos políticos, permitindo entender, no limite, o mandato como passível de

¹⁵⁴ Vide arts. 14, 15, 16, 17, 22, 27, 44, 45, 46 e 47 da CF/1988.

¹⁵⁵ Utilizo a expressão “tragédia” em seu sentido clássico [nas tragédias gregas, o fim terrível é antevisto, mas nada pode ser feito para evitá-lo]. A escolha da expressão “tragédia democrática” busca, de certo modo, estabelecer uma ligação com o texto de Garret Hardin, intitulado “*The Tragedy of the Commons*”, publicado na revista *Science* nº 162 (1968), p.1243-8. Neste artigo expõe Hardin que problemas complexos (como o da superpopulação, por exemplo) por vezes simplesmente não possuem respostas técnicas satisfatórias ou adequadas. Hardin trata, no fundo, dos conflitos de interesses individuais e coletivos acerca do uso de recursos finitos (daí sua celebre expressão: “um mundo finito só pode suportar uma população finita”). Ao fim, evidencia a irracionalidade da superexploração dos recursos, o que acaba por obviamente exauri-los, com perdas irreversíveis para todos. Assim, por “tragédia democrática” pretendo demonstrar como o esgotamento dos mecanismos estatais de controle e legitimação do poder têm levado, no limite, à negação das liberdades públicas.

apropriação pelo candidato. A partir dos recentes julgados do TSE, decisões essas válidas tanto para as eleições no sistema majoritário quanto para o proporcional, o quadro tende a se modificar, fortalecendo o sentido partidário e com isso, talvez, minimizando os efeitos do poder econômico como vetor de deformação da vontade popular.

Noutra mirada, é de se sublinhar que o alto custo das eleições decorre do tamanho exagerado da circunscrição (distrito) eleitoral, hoje correspondente ao território do Estado da Federação, o que acaba por desaguar, invariavelmente, em “caixa 2” (receitas não declaradas, de origem “duvidosa”) e corrupção, franca e tristemente institucionalizados em nosso país.

Tem-se destacado, também, ser pífia a ligação eleitor-eleito, o que se constata, por exemplo, no fato de que a maioria de nós sequer lembra em quem votou nas últimas eleições. A experiência tem revelado que o vínculo eleitor-eleito, no Brasil, apresenta-se extremamente frágil. Isso colabora para esboroar a confiança no sistema político, abalando as estruturas da própria legitimidade eleitoral, já que inexistente acompanhamento e cobrança da atividade parlamentar.

Ademais, a ausência dessa via mais estreita sugere a inexistência de efetiva fiscalização por parte dos eleitores – *accountability* –, dando a impressão de que o mandato realmente pertence ao candidato, e não ao partido e, muito menos, ao povo.

Imbricada com os temas anteriores, essa constatação relaciona-se igualmente com o elo, com a conexão eleitor-eleito e sua consequência mais direta, a ausência de *accountability*. Tanto é assim, que até o ano de 2007 os próprios Tribunais Superiores vinham permitindo, sem penalidades, a mudança de partido, pelo eleito, a qualquer tempo, imotivadamente. Como sabido, a orientação do Tribunal Superior Eleitoral, agora, é no sentido do prestigamento dos partidos.

Outra preocupante faceta de nosso sistema eleitoral, a corromper e eclipsar a vontade popular: a excessiva fragmentação partidária. No Brasil, atualmente (2010), são 27 os partidos com registro definitivo junto ao Tribunal Superior Eleitoral, o que dificulta, sabidamente, a governabilidade, mas facilita eventual coligação pós-primeiro turno das eleições majoritárias e, na pior hipótese, o “aluguel da legenda”, até porque, num país de dimensões continentais, o contato do candidato com a grande massa de eleitores se dá de forma midiática e, por esse motivo, todo o tempo de horário gratuito no rádio e na TV assume contornos dramáticos, decisivos (os tempos de exposição dos candidatos são divididos proporcionalmente entre os partidos políticos).

Gravíssimo problema vivido no Brasil, o “aluguel da legenda” partidária, travestido de pluripartidarismo, tem-se prestado para agiotagem eleitoral e negociatas as mais variadas. Democracias antigas e sólidas como a alemã e a francesa convivem com baixo número de partidos políticos (graças, também, à efetiva cláusula de desempenho), sem que se acusem seus sistemas eleitorais de elitistas ou antidemocráticos. Os Estados Unidos da América, também presidencialista e republicano, em que pese possuir incontáveis partidos políticos, mantém fiel a tradição do bipartidarismo real e, nem por isso, tem-se insinuado tratar-se de um país autoritário ou ditatorial. Assim, sob o pretexto de acolher todas as tendências possíveis, todas as minorias cabíveis, no Brasil foi se permitindo a existência de partidos de cariz nitidamente fisiológico, não possuidores de qualquer programa verdadeiro, instituídos e mantidos unicamente para receber os não desprezíveis recursos financeiros do fundo partidário, garantir os horários gratuitos na TV e no rádio (para negociá-los com outros partidos) e realizar coalizões em troca de cargos e Ministérios.

O sistema eleitoral brasileiro estimula a luta intrapartidária e, por conseguinte, o individualismo, com o extremo sacrifício da unidade e coesão partidárias. A lista aberta, no Brasil, juntamente com o sistema proporcional de circunscrição estadual, faz com que a contenda eleitoral mais aguerrida seja

travada entre candidatos do mesmo partido, que disputarão o voto do mesmo eleitor, no mesmo território.

Diante da baixa densidade ideológica dos partidos políticos nacionais, com a inescusável e brutal defecção de seus candidatos eleitos¹⁵⁶ (daí a menção à fidelidade¹⁵⁷ e aos arranjos¹⁵⁸: (i) coligações¹⁵⁹, geralmente acertadas para enfrentar o segundo turno, e (ii) coalizões¹⁶⁰ pós-eleições em troca de governabilidade, induzindo, eventualmente, ao “loteamento” de cargos e Ministérios, tudo com o sacrifício da inteligibilidade do eleitor, que as mais das vezes se sente traído pelo candidato), intensificou-se no Brasil, nos últimos anos, o clima reformista, que passa pela criação das listas partidárias (no Brasil não se admitem candidaturas avulsas, independentemente de filiação partidária), pelo financiamento público das campanhas e, é claro, pelo voto distrital misto, de inspiração alemã, que combinaria, como já dito, a virtude do sistema majoritário

¹⁵⁶ “O número de Deputados que abandonaram o partido pelo qual foram eleitos nas quatro legislaturas do período democrático é impressionante: dos 2.016 representantes eleitos em 1986, 1990, 1994 e 1998, 621 (30,8%) trocaram de partido ao longo da legislatura, alguns deles mais de uma vez. Os dois maiores partidos brasileiros, o PMDB e o PFL, por exemplo, perderam, respectivamente, 33,3% e 28,8% dos Deputados eleitos no período” (NICOLAU, 2002).

¹⁵⁷ “A fidelidade partidária, portanto, tem duas dimensões: a restrição à troca de legenda e ao desrespeito às decisões aprovadas em convenção. Dados da Câmara dos Deputados, referentes a 10 de junho de 1999, indicavam que 69 parlamentares haviam trocado de partido desde o início da atual legislatura (1º de fevereiro). O debate sobre a fidelidade partidária encerra uma questão fundamental: a quem pertence o mandato, ao parlamentar ou ao partido? No Brasil, há uma cultura política arraigada segundo a qual o representante é proprietário de seu mandato. A prática da lista aberta, obviamente, reforça esta característica, por induzir a ênfase no candidato/parlamentar, e não no partido” (OLIVEIRA E SILVA; IANOMI, 1999, p. 34).

¹⁵⁸ “A grande maioria, para não dizer a totalidade, das coalizões construídas no pós-88, no Brasil, caracterizou-se por ser composta por parceiros com pouca afinidade ideológica e programática, situação que veio a tornar-se mais aguda sob o atual governo” (AVRITZER; ANASTASIA, 2006, p. 12).

¹⁵⁹ “As coligações são alianças eleitorais que, para fim de distribuição das cadeiras legislativas, funcionam como se fossem um partido político. Assim, os votos nominais e de legenda contam indiscriminadamente para a coligação e não há um critério proporcional para alocação partidária das cadeiras no interior das coligações. Isso faz com que na distribuição das cadeiras intracoligações um partido menor possa conseguir representação mesmo tendo um patamar muito aquém do quociente eleitoral. Desta forma, as coligações acabam favorecendo os pequenos partidos” (SOARES; LOURENÇO, 2002).

¹⁶⁰ “A coligação partidária faz sentido nas eleições majoritárias para os cargos executivos (Presidente da República, governadores de estado e prefeitos), pois, vencendo o mais votado, o agrupamento prévio de legendas diferentes visa maximizar o potencial eleitoral de uma candidatura e articular um programa comum de governo. Mas nas eleições proporcionais as coligações, em tese, seriam desnecessárias, pois cada legenda deveria ter a possibilidade de se apresentar para o eleitor em sua especificidade” (OLIVEIRA E SILVA; IANOMI, 1999, p. 27).

(proximidade eleitor-eleito e maior *accountability*) com as vantagens do sistema proporcional (representação de todo o espectro societal e garantia de governabilidade).

Para além disso, deve-se superar a imprópria combinação que criamos entre (i) presidencialismo, (ii) pluripartidarismo e (iii) representação proporcional. De fato, referem os estudiosos que inexistem, dentre as democracias constitucionais estáveis, uma sequer que combine e associe esses três ingredientes. E isso porque o regime presidencial-multipartidário de representação proporcional, em sua origem, já traz o germe de sua destruição, uma vez que a virtualidade da desintegração da frágil aliança que sustenta o governo expõe a autoridade e o poder do Presidente, desestabilizando seu governo, ou por outra, junta no mesmo “bloco governista” partidos ideologicamente distantes e por vezes até antagônicos¹⁶¹.

Assim, no Brasil, de maneira muito especial, as incongruências derivadas do fisiologismo eleitoral geraram assustadora teratologia: o pluralismo político é de fachada e serve apenas para acobertar partidos “nanicos” que barganham cargos e poder; estabeleceu-se uma relação promíscua e antidemocrática entre o poder econômico e o poder político; criaram-se mecanismos perversos de “coronelização sindical” para dominação da vontade política de grande parte da população carente (que depende quase exclusivamente do favor estatal para sobreviver); inexistem verdadeira fidelidade partidária (no sentido da propositura clara e defesa franca de propostas nacionais); o eleito sente-se “dono do mandato” (imaginando nada mais dever ao eleitor ou ao partido que o elegeu); analfabetos estão impedidos de ser eleitos (mas amiúde o são) porém encontram-se constitucionalmente autorizados a votar, assim como os jovens entre 16 e 18 anos de idade, invertendo

¹⁶¹ “Efetivamente não há entre as democracias constitucionais estáveis nenhuma que associe presidencialismo, representação proporcional e pluripartidarismo. As democracias proporcionais e multipartidárias são todas parlamentaristas, com a exceção da Finlândia e de Portugal, que adotam o sistema de executivo dual, e da Suíça, que adota o governo colegial”. (...) “Há apenas um caso de presidencialismo, os Estados Unidos, e nele o sistema de governo encontra-se secularmente associado à eleição por pluralidade e em distritos uninominais dos membros da Câmara dos Representantes e ao bipartidarismo” (TAVARES, 1998, p. 57).

a lógica da escolha (para estes – analfabetos e jovens – o voto é facultativo; para o resto de nós, obrigatório); a reeleição para cargos do Poder Executivo mostrou-se deletéria à nação, institucionalizando escandalosamente o abuso do poder político e do poder econômico; sentimo-nos essencialmente órfãos de ideologias e carentes de identidade e coesão nacionais.

4. *Wiki*¹⁶²-*tesarac*¹⁶³ e os destinos da democracia

A bizarra espetacularização da vida, a legitimação de nossos atos por meio de uma espécie de “plebiscito televisivo”¹⁶⁴ de que são exemplos caricatos os Big Brothers/BBBs; a revelação da intimidade das pessoas; a exposição de dilemas decorrentes de obesidade mórbida e conflitos familiares “analisados” por “especialistas” e “julgados” pelo público via telefone ou ao vivo pelo auditório – como se pudéssemos dividir as pessoas em duas categorias: as que aparecem na mídia e, portanto, “existem”, e o resto de nós; a evolução/revolução tecnológica causadora de perplexidades, tensões e indefinições no horizonte temporal; as expectativas estendidas pelo Estado (que “promete” a efetivação de políticas públicas) e pelo próprio mercado (anunciando remédios e “poções milagrosas” para evitar o envelhecimento, p.ex.) geradoras de frustração intensa; a “constitucionalização” de temas como o direito à saúde (introduzindo conceitos indeterminados e apresentando interpretações principiológicas a partir da matriz fundamental respeitante à dignidade da pessoa humana) acabaram por criar uma espécie de cultura do “ressentimento organizado” (para utilizarmos a feliz

¹⁶² A expressão *wiki* significa um sistema (software) colaborativo/comunitário de criação, um espaço virtual sem dominantes, mas com um sem-número de colaboradores interconectados, como ocorre com a wikipédia.

¹⁶³ “A palavra *tesarac* foi criada pelo escritor Shel Silverstein para descrever uma espécie de dobra da história, um momento em se destroem os paradigmas – sociais, culturais, econômicos – e colocam-se outros no lugar. Enquanto o *tesarac* está ocorrendo, a sociedade mergulha no caos e na confusão, até que uma nova ordem a recomponha. A Renascença e a Revolução Industrial são dois exemplos de *tesaracs* anteriores.” LONGO, Walter. *O marketing pós-tesarac*. HSM Management, nº 70, ano 12, v. 5, set.-out. 2008, p. 21.

¹⁶⁴ “Através dos meios massivos de comunicação, a sociedade fica em uma situação de representação permanente, apresentando-se imediatamente a si mesma e fazendo com que os grupos não experimentem mais da mesma maneira a necessidade de se organizar para existir” (NOGUEIRA, 1998, p. 226).

expressão de Boaventura Sousa Santos), desaguando no inevitável desencontro entre o sistema político e os seus destinatários legítimos, os cidadãos, num quadro tão confuso quanto intrincado, de difícil compreensão e sistematização.

De fato, percebe-se que quanto mais afastados do poder político nos posicionamos, menos o desejamos, menos o discutimos e mais enfraquecemos os laços de solidariedade cidadã.

Ao mesmo tempo em que restaram ampliados a “agenda de demandas da sociedade, a quantidade de atores¹⁶⁵ ativos na arena política e os mecanismos disponíveis de pressão”¹⁶⁶, perdeu-se a confiança no Estado e em sua capacidade política de resolução de problemas surgidos com a complexidade da vida moderna e da sociedade de risco¹⁶⁷.

Não é de estranhar, em tal quadro, o aprofundamento do desinteresse da sociedade pelo tema político e a banalização da sua discussão. Como assinala Nogueira, nosso desencanto nos leva a dar as costas para a política.

A questão nodal, porém, é que da apatia “pela política” decorre a indiferença diante do que é público e a perda da noção do que é comum, elementos

¹⁶⁵ Talvez se possa afirmar, com Sartori (2001, p. 51), que um dos atores invisíveis é o sistema de comunicação televisivo. Diz ele: “Para começar, a televisão condiciona de modo pesado o processo eleitoral, quer na escolha dos candidatos, quer na forma deles conduzirem a disputa eleitoral, quer, finalmente, em fazer vencer quem vence. Na realidade a televisão produz imagens e apaga conceitos e, desse modo, atrofia e nossa capacidade de abstração e com ela toda a nossa capacidade de compreender” (SARTORI, 2001, p. 33).

¹⁶⁶ FLEISCHER *et al*, 2005.

¹⁶⁷ “O contraponto da fragmentação institucional é a exasperada atomização da sociedade, como lembra O'Donnell. Um retorno ao Estado de Natureza hobbesiano. A luta de todos contra todos, sem regras nem previsibilidade nos resultados. A lei é posta de lado, vista como um empecilho às chances de maximização dos benefícios individuais. A legalidade serve, quando muito, para reprimir os grupos excluídos dos favores e prebendas do Estado. A ordem jurídica sofre uma dupla desmoralização institucional: de um lado, fica claro que a violação da lei tem baixo custo para alguns setores; de outro lado, a penetração da lei, quando deve assegurar direitos da maioria, é impotente para atingir de modo homogêneo toda a sociedade. Impunidade e ineficácia são os dois lados da fraqueza institucional da democracia delegativa no Brasil. Nem Estado unificado, nem sociedade unificada: e, como o direito é o instrumento por meio do qual o Estado regula a sociedade, a fragmentação estatal e societal significa, em última análise, não apenas a ruptura com a matriz organizacional do Estado, mas, também, o esvaziamento quase completo da sua legalidade” (CAMPILONGO, 2000, p. 58).

indispensáveis à construção de uma sociedade plural e tolerante.

Um exemplo recente do abandono do interesse popular pela “política” deixará mais claro meu ponto de vista: “Eleições vazias” é o título de um artigo de autoria do professor Alain Garrigou, da Universidade de Paris Ouest-Nanterre¹⁶⁸. Os dados são alarmantes e confirmam a tese central aqui defendida, no sentido do esfacelamento da clássica representação política (e de sua substituição pelos “media” como “interlocutores” e “legitimadores” do poder ou, também, pelos espaços públicos virtuais, as redes sociais – *web 2.0*), instalando regimes democráticos sem eleitores (Garrigou) e sem Estado. Conforme dados fornecidos pelo citado professor, nas eleições europeias do dia 7 de junho de 2009 a abstenção na França atingiu 59,5% dos inscritos para votar. Na participativa Alemanha foram 56,7%, na Polônia 75,5%, na Romênia 72,6% e na Eslováquia chegou a estratosféricos 80,4%.

Na América do Sul, em especial, o problema possui contornos ainda mais sombrios, pois não diz com a simples abstenção às urnas (no Brasil, o voto é obrigatório sob pena de multa e, mesmo assim, nas últimas eleições presidenciais, ocorridas no ano de 2006, no Estado do Maranhão, *a.e.*, a abstenção chegou a 21% do total do eleitorado, atingindo 28,10% se computados os votos brancos e nulos¹⁶⁹), mas envolve a disputa de poder em sua dimensão mais primária e soturna, com enfrentamentos “ideológicos” que imaginávamos ultrapassados de há muito (“ditaduras de punhos de renda” e de sorrisos artificiais, ou ditaduras mais ostensivas e “vibrantes”), fragilizadores da democracia num continente marcado pelas agressões aos mais mezinhos direitos civilizacionais, em que pese o *glamour* emprestado ao discurso oficial pela mídia patrocinada ou amordaçada por governos populistas.

Portanto, são claros os indicativos de que estamos a rumar para uma situação inusitada, paradoxal e perigosa: uma democracia vazia, sem eleitores, sem

¹⁶⁸ GARRIGOU, Alain. *Eleições vazias*. Le Monde Diplomatique Brasil, julho/2009, p. 21.

¹⁶⁹ Fonte: TSE, www.tse.gov.br, acessado em 18 de maio de 2010.

Estado, desprovida de legitimidade. Ao esboroarmos a base territorial do Estado, retiramos-lhe poder para a tomada de decisões, comprometendo a efetivação de mecanismos políticos e sociais de controle e regulação, perdendo ele [o Estado] sentido e eficácia.

Penso que a revolução-tecnológica-hiperconectiva em curso, como sempre acontece quando se modificam profundamente as relações econômicas, de produção e principalmente humanas – agora possivelmente mais próximas, frequentes e instantâneas mas, ao mesmo tempo, mais irreais, idealizadas e ancoradas no anonimato –, está a romper, a desorganizar e a solapar boas e más práticas conhecidas pelas antigas gerações (e por antigo quero dizer as gerações *baby boomer* e “X”). Será a “nova praça pública” capaz de desempenhar o papel de *ágora* como expressão máxima da vocalização dos interesses coletivos? Compartilham os *nets* as nossas preocupações ou possuem eles as suas próprias angústias com a sobrevivência num mundo que só admite príncipes e campeões?

Ainda não conseguimos mensurar o impacto de tão espetacular e inédita transformação, mas o certo é que não ficaremos imunes aos seus efeitos.

É possível que a *web 2.0* desempenhe o papel destinado à “sociedade civil organizada”, isto é, que auxilie no exercício da fiscalização social dos atos governamentais – *accountability* –, estimulando a esmaecida participação popular, incitando o debate, provocando o interesse pela coisa pública, encorajando pessoas educadas, alfabetizadas, de bons princípios, intenções e ideias a participar de agremiações políticas e, portanto, do processo de escolhas públicas. Mas também é de se esperar que a “imediatidade” do julgamento irrefletido, a mesquinhez dos interesses contrariados e a busca selvagem pela notoriedade midiática transformem apenas em mais um novo “espetáculo”, agora com o alcance e a velocidade próprios do poder tecnológico.

Se, de fato, como procurei demonstrar, encontra-se o sistema eleitoral “clássico” exaurido, desmoralizado, desacreditado e em absoluta desarmonia com os *nets* (jovens da geração “Y” – ou digital – que representam hoje cerca de 2 bilhões de pessoas no mundo e que assumem postura sabidamente cética em relação à autoridade), se se mostra ele incapaz de responder às expectativas da sociedade *wiki – web 2.0*, haverá espaço na *blogsfera* – esse fórum ininterrupto e caudaloso de informações, diálogo, debate e participação global que se transformou na nova caixa de ressonância virtual – para a política que conhecemos, com sua retórica vazia, com seus discursos ideologizados, com o seu parlamento vulgarizado, com seu populismo anacrônico? Se assim é, sobreviverá a democracia, nestes tempos de *prosumers* e de *second life*? Enfim, qual “nova sociedade” teremos no *pós-tesarac*?

Bibliografia

- ANTUNES, Cármen Lúcia. *O processo eleitoral como instrumento para a democracia*. Maceió, 1998. Disponível em: <www.tre-sc.gov.br/sj/cjd/doutrinas/carmen.htm>. Acesso em: 18 jan. 2007.
- AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Org.). *Sistema político brasileiro: uma introdução*. 2ª ed. revisada e ampl. São Paulo: Unesp, 2007. 494p.
- AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Org.). *Reforma Política no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006. 271p.
- BAQUERO, Marcello. *A vulnerabilidade dos partidos políticos e a crise da democracia na América Latina*. Porto Alegre: Universidade/UFRGS, 2000. 188p.
- _____. Cultura política participativa e desconsolidação democrática: reflexões sobre o Brasil contemporâneo. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v.15, n.4, out./dez. 2001. Disponível em: <www.scielo.br>. Acesso em: 4 out. 2007.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 11ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. 173p.

_____. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005. 100p.

_____. *Teoria geral da política*. Tradução de Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BÚRIGO, Vandrê Augusto. Sistema Eleitoral Brasileiro: a técnica de representação proporcional vigente e as propostas de alteração: breves apontamentos. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 39, n. 154, abril/junho 2002.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997. 141p.

_____. *O Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000. 195p.

_____. *Representação política*. São Paulo: Ática, 1988. 62p.

CINTRA, Antônio Octávio. O “distrital misto”, aliás, “proporcional personalizado”. Boletim de Análise de Conjuntura Política. Belo Horizonte, n. 6, abril/1999. Disponível em <www.fafich.ufmg.br/~bacp/artigos/cintra006.htm>. Acesso em: 18 jan. 2007.

_____. *O sistema eleitoral alemão como modelo para a reforma política do sistema eleitoral brasileiro*. Brasília, 2000. Disponível em: <www2.camara.gov.br/internet/publicacoes/estnottec/tema3/pdf/007234.pdf>. Acesso em: 22 set. 2007.

CRATO, Nuno. *A matemática das coisas*. 9ª ed. Lisboa: Gradiva, 2010, p. 31.

DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora UnB, 2001. 230p.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ASSESSORIA PARLAMENTAR. *Agência DIAP*. Brasília, 24 jan. 2005. Disponível em <www.diap.org.br>. Acesso em: 30 out. 2007.

ENZWEILER, Romano José. *Os desafios de tributar na era da globalização*, ed. Diploma Legal, 2000, 128p.

_____. *Dimensões do sistema eleitoral – o distrital misto no Brasil*, ed. Conceito Editorial, 2008, 105p.

- FLEISCHER, David. *Reforma política en Brasil: una historia sin fin*. In: _____. *América Latina Hoy*, v. 37. Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, p. 81-99.
- FLEISCHER, David *et al.* Reforma política: agora vai? *Cadernos Adenauer*, ano VI, n.2. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2005. 159p.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 1999, p. 110.
- GARRIGOU, Alain. *Eleições vazias*. Le Monde Diplomatique Brasil, julho/2009, p. 21.
- GIACOMONI, James. *Orçamento público*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2009, 368p.
- HARDIN Garret, *The tragedy of the commons*, Science, nº162, 1968, p.1243-8.
- LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Tradução de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. 388p.
- LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil de. Reformas de sistemas eleitorais: mudanças, contextos e conseqüências. *Dados – Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, v. 42, n. 1, 1999.
- LONGO, Walter. *O marketing pós-tesarac*. HSM Management, nº 70, ano 12, v. 5, setembro-outubro 2008, p. 21.
- MESSEMBERG, Débora. *A elite parlamentar do pós-constituente: atores e práticas*. São Paulo: Brasiliense, 2002. 175p.
- NICOLAU, Jairo. As distorções na representação dos Estados na Câmara dos Deputados brasileira. *Dados: Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, v. 40, n. 3, 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581997000300006>. Acesso em: 18 jan. 2007.
- _____. Como controlar o representante? Considerações sobre as eleições para a Câmara dos Deputados no Brasil. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 2, p. 219-236, 2002. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/dados/v45n2/10787.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2007.
- _____. De como pensando que se vai para a Alemanha, chega-se à Bolívia. Boletim de Análise de Conjuntura Política. Belo Horizonte, n. 6, abril/1999. Disponível em <http://jaironicolau.iuperj.br/artigos%20na%20imprensa_files/decomopensando.pdf>. Acesso em 18 jan., 2007.

_____. *História do voto no Brasil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. 79p.

_____. O sistema eleitoral de lista aberta no Brasil. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 49, n. 4, p. 689 a 720, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v49n4/02.pdf>>. Acesso em: 7 jun. 2007.

_____. *Sistemas eleitorais*. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: FGV, 2004. 112p.

_____. Variações sobre a reforma eleitoral. *Conjuntura Econômica*. Rio de Janeiro, jul. 2005, p.22-23. Disponível em <<http://jaironicolau.iuperj.br/artigos/%20files/conjunturaeconomica.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2007.

_____. Voto personalizado e reforma eleitoral no Brasil. In: RENNÓ, Lucio R.; SOARES, Gláucio Ary Dillon (Org.). *Reforma política – lições da história recente*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 23-33.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. *As possibilidades da política: idéias para a reforma democrática do Estado*. São Paulo: Paz e Terra, 1998. 305p.

_____. *Em defesa da política*. 2ª ed. São Paulo: Senac, 2004.

_____. *Um estado para a sociedade civil*. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2005.

OLIVEIRA E SILVA, José Dirceu; IANONI, Marcus. *Reforma política: instituições e democracia no Brasil atual*. 1ª reimpr. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1999. 48p.

PORTO, Walter Costa. *Dicionário do voto*. Brasília: Editora UnB, 2000, p.381-2.

_____. *Voto no Brasil*. 2ª ed. rev. Rio de Janeiro: Topbooks, 2006. 430p.

PUTNAM, Robert D. *Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna*. Trad. Luiz Alberto Monjardim. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 19.

RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. 456p.

RENNÓ, Lucio R.; SOARES, Gláucio Ary Dillon. Projeto de reforma política na Câmara dos Deputados. In: _____ (Org.). *Reforma política: lições da história recente*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 9-20.

_____. Crise, castigo e reforma. In: _____ (Org.). *Reforma política: lições da história recente*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 345-54.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARTORI, Giovanni. *Elementos de teoría política*. Versão de M.^a Luz Morán. Madrid: Alianza Editorial, 2005. 368p.

_____. *Homo videns: televisão e pós-pensamento*. Tradução de Antonio Angonese. Bauru: EDUSC, 2001. 150p.

_____. *Mala costituzione e altri malanni*. Bari: Gius. Laterza & Figli, 2006.

SCHMITT, Rogério. *Partidos políticos no Brasil (1945-2000)*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2000. 94p.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Sistemas eleitorais: tipos, efeitos jurídico-políticos e aplicação ao caso brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1999. 206p.

SILVEIRA, José Néri da. *Aspectos do processo eleitoral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 116p.

SOARES, Márcia Miranda; LOURENÇO, Luiz Claudio. *A Representação Política dos Estados na Federação Brasileira*. [voltar ao índice ▲](#) s críticas. In: ENCONTRO DO ABCP. 3., 2002, Niterói. *Paper*. Niterói: UFF, 2002. Disponível em: <<http://www.cienciapolitica.org.br/encontro/reppol4.3.doc>>. Acesso em: 26 maio 2007.

STEIN, James D. *Como a matemática explica o mundo*. Trad. Marcio de Paula Hack. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. 284p.

TAVARES, José Antônio Giusti. *Reforma Política e Retrocesso Democrático: agenda para reformas pontuais no sistema eleitoral e partidário brasileiro*. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1998. 238p.

_____. *Sistemas Eleitorais nas Democracias Contemporâneas: teoria, instituições, estratégia*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994. 396p.

INTERVENÇÃO E OMISSÃO RESTRITIVAS – UMA PROPOSTA DE CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO¹⁷⁰

José Cláudio Carneiro Filho¹⁷¹

1 - INTRODUÇÃO

O conceito de intervenção restritiva foi recentemente importado do direito germânico (*Grundrechtseingriff*), carecendo ainda de adaptação, discussão e delimitação conceitual na seara lusitana. Em tese, haveria benefício na distinção desta figura e a da restrição, para além do quesito acadêmico, num efeito pragmático correspondente à legitimidade da pessoa ofendida concretamente utilizar-se da tutela jurisdicional constitucional (Tribunal Constitucional), almejando o controle dos atos de ingerência ablativos contra si praticados. Neste controle, poder-se-ia afastar a intervenção, minorá-la ou, num momento posterior, identificar eventual responsabilidade civil do Estado, acarretando o dever de indenizar.

Nos valendo do conhecimento e legitimidade de quem vivencia e se insere na realidade doutrinária portuguesa, transcrevemos o sentimento de Reis Novais, para quem “a ausência ou insuficiência de tratamento constitucional das

¹⁷⁰ O presente artigo é fruto de estudo realizado e apresentado pelo autor no ano de 2008, enquanto mestrando na Faculdade de Direito de Lisboa, na Cadeira de Direitos Fundamentais, regida pelo Prof. Dr. José de Melo Alexandrino. Neste estudo preliminar, que se encontra depositado na biblioteca da mencionada Instituição, foram construídas as bases dogmáticas para as conclusões que aqui se apresentam, bem como lançadas discussões e sugestões sobre: as fontes autorizadoras das intervenções restritivas em sentido estrito; a natureza destas intervenções (discricionárias ou vinculadas? Poderes ou deveres?); e os seus requisitos de legitimidade. No breve artigo que ora se publica, encontra-se somente a crítica do autor em relação ao conceito de “intervenções restritivas”, seguida de uma proposta de concepção e classificação. Para uma reflexão mais aprofundada, recomenda-se a leitura do estudo supramencionado, ou mesmo do livro que em breve será lançado, o qual trata de maneira plena sobre as intervenções e as omissões restritivas (conceito, natureza, fundamentos, requisitos e controle).

¹⁷¹ Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Especialista em Direito Processual Civil pela PUCPR e Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Bacellar. Consultor jurídico e professor universitário.

intervenções restritivas encontra correspondência no assinalado défice de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais por elas eventualmente violados e uma e outro serão simultaneamente causa e efeito da pouca ou nula atenção que a doutrina lhes tem prestado”¹⁷².

Não obstante a tutela jurisdicional ofertada pelos tribunais administrativos, o sistema português produz uma esquivia institucionalizada da justiça constitucional (Tribunal Constitucional) no que toca à maioria das mais significativas e costumeiras violações dos direitos fundamentais¹⁷³. Por se limitar à fiscalização de normas, ficam subtraídas da tutela da Corte Constitucional as intervenções restritivas, provocadas pelos titulares do poder político, pelo Judiciário¹⁷⁴ ou pela Administração. Assim, resta desconfortável a condição de poder o cidadão português ter garantido seu direito de acesso ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem quando perceber violado direito fundamental que a Constituição da República portuguesa garante, mas não ter esse acesso ao Tribunal Constitucional que, em tese, seria o guardião de tal Constituição, de tais direitos ditos fundamentais. E com isso não se quer afastar a legitimidade do Tribunal Europeu, mas sim evidenciar a ausência de tutela constitucional no âmbito do Estado lusitano¹⁷⁵.

Todavia, aqui não é o palco adequado para se discutir o cabimento ou não de uma reforma no sistema normativo jurisdicional português, para que se permita enfim o direito dos particulares se socorrerem da tutela constitucional quando ofendidos

¹⁷² “As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição”, Coimbra : Coimbra Editora, 2003, p. 203-204.

¹⁷³ NOVAIS, Jorge Reis. “Em defesa do Recurso de Amparo Constitucional (ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade)”, in “Direitos Fundamentais – Trunfos contra a maioria”, Coimbra : Coimbra Editora, 2006, p. 159.

¹⁷⁴ Nesse sentido, ver Jorge Reis Novais (“Em defesa do Recurso de Amparo Constitucional (ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade)”, in “Direitos Fundamentais – Trunfos contra a maioria”, Coimbra : Coimbra Editora, 2006, p. 12).

¹⁷⁵ No que pertine às intervenções judiciais restritivas, pode-se dizer que restou pacificada construção jurisprudencial que de alguma forma consegue sanar essa carência normativa, compreendendo (de maneira tecnicamente questionável) que por trás de toda decisão judicial há uma norma que pode ter sido interpretada em conformidade ou não com a Constituição, e assim pode ser analisada pelo Tribunal Constitucional. Esse posicionamento merece aplausos em alguns sentidos, mas também muitas críticas, não sendo porém este momento o adequado para realizar qualquer dos dois.

no exercício de direitos fundamentais¹⁷⁶.

O que nos propomos a fazer é contribuir para a conformação do conceito de “intervenção restritiva”, para que o mesmo sirva a seus propósitos no caso do Legislador português em dado momento optar pela previsão de um “recurso de amparo”.

Ainda, mesmo que nunca seja implantada essa via de acesso jurisdicional em Portugal, poderá servir eventualmente o estudo para outros ordenamentos (fazendo-se as devidas adaptações). Para esse efeito, seria inclusive pertinente a discussão em solo brasileiro¹⁷⁷, onde a porta está entreaberta, aguardando apenas o avanço dogmático¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Diversas razões nos remetem à necessidade de reforma jurisdicional em Portugal, incluindo-se um “recurso de amparo” semelhante ao que existe na justiça espanhola, ou a “queixa constitucional” germânica. Contudo, esta discussão, deveras interessante, ultrapassa o limite de extensão deste artigo em obra coletiva. Assim, sobre o tema, por todos, indicamos Jorge Reis Novais (“Em defesa do Recurso de Amparo Constitucional (ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade)”, in “Direitos Fundamentais – Trunfos contra a maioria”, Coimbra : Coimbra Editora, 2006, p. 155-187), favorável a um “recurso de amparo” em Portugal; e Carlos Blanco de Moraes (“Justiça Constitucional, Volume II, Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade”, Coimbra : Coimbra Editora, 2005, p. 989 e ss) em sentido contrário.

¹⁷⁷ Porém, no Brasil, somos favoráveis a uma reformulação mais ambiciosa do que a simples inclusão de um “recurso de amparo”, pois esta se somaria a uma infinidade de vias de acesso que os particulares possuem junto à Corte Constitucional, que atualmente já trabalha além de suas capacidades (considerando o número de Ministros e a população brasileira). Esta, entretanto, é discussão que também não se travará nesta sede.

¹⁷⁸ Para esclarecer, no artigo constitucional que trata das competências do Supremo Tribunal Federal no Brasil (artigo 102), encontramos no parágrafo primeiro a indicação de que “a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.” Referida lei federal é a de número 9.882/99, que trata do objeto da mencionada arguição (evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público), seu trâmite e legitimados. Importante ressaltar que o projeto de lei encaminhado para sanção ao Presidente da República previa (no artigo 2º, II) como legitimada processualmente para a propositura da arguição “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público”. Entretanto, este inciso foi excluído pelas seguintes considerações que encontramos nas razões de veto: “A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas.” Cremos que esta preocupação reflete justamente aquilo que alertou Reis Novais: uma falta de afinamento, delimitação e operatividade do conceito de *intervenção restritiva* enquanto pressuposto e condição suficiente de desencadeamento, por parte dos particulares, da protecção jusfundamental acarretaria o receio legislativo em abrir as portas de acesso da Corte Constitucional aos mesmos. Neste sentido, considerando a vontade originária do Congresso em criar figura semelhante ao “recurso de amparo” no Brasil, e os termos da razão de veto, um conceito apropriado de intervenção restritiva poderia incitar novo projeto de lei, buscando retomar aquele inciso, o qual, quiçá, dessa vez não sofreria veto, em razão da evolução doutrinária.

Alternativamente, mesmo que não se compreenda necessária ou benéfica a implantação de uma figura como o recurso de amparo na Terra de Camões, ainda assim não seria descartada a utilidade das questões que levantamos em obra que segue este breve artigo¹⁷⁹. Os delineamentos do conceito de intervenção restritiva auxiliam a Administração a melhor atuar, e o Poder Judiciário (mesmo que não o Tribunal Constitucional) a de maneira eficaz e eficiente controlar¹⁸⁰ os atos e ações administrativos que se traduzam em intervenções restritivas¹⁸¹.

Dito isto, esta publicação objetiva transmitir uma inquietude do autor em relação ao conceito de intervenção restritiva apresentado pela doutrina portuguesa. Assim, o artigo se dividirá em dois momentos: 1) haverá uma breve exposição sobre os conceitos consagrados na doutrina em questão; e 2) lançaremos nossa proposta de conceito e classificação (criando-se a figura da omissão restritiva, que se dissocia, como se verá, da intervenção restritiva).

2 – CONCEITOS DE INTERVENÇÃO RESTRITIVA NA DOUTRINA PORTUGUESA

O termo “intervenção restritiva”, por sua recente incorporação na doutrina constitucional lusitana, é utilizado apenas por seis autores¹⁸²: Reis Novais, Gomes

¹⁷⁹ O já mencionado livro que lançaremos em breve, tendo por objeto um aprofundado estudo a respeito das intervenções e das omissões restritivas (conceito, natureza, fundamentos, requisitos e controle).

¹⁸⁰ Em solo espanhol, García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández prescrevem que “en este nuevo marco, que la Constitución y, por añadidura, el ordenamiento comunitario imponen, deben, pues, valorarse hoy tanto las normas que imponen limitaciones a la libertad, como la aplicación que de ellas pueda hacer en cada caso la Administración” (“Curso de Derecho Administrativo”, Vol. II, Madrid : Civitas Ediciones, 2002, p. 119).

¹⁸¹ Uma determinação conceitual de intervenção restritiva que se dê em traços firmes e rigorosos constitui ponto decisivo na operatividade do princípio da plena e efetiva tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, evitando as situações extremas de não acesso, de excessivo acesso (e travamento do Judiciário) ou de insegurança jurídica ao se oscilar casuisticamente de um a outro extremo (NOVAIS, Reis. “As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição”, Coimbra : Coimbra Editora, 2003, p. 208).

¹⁸² Ressaltando aqui, novamente, estudo apresentado em sede de curso de Mestrado e Doutorado na Faculdade de Direito da Universidade Católica de Portugal em Lisboa (AMARO, António Leitão. “A intervenção administrativa nos direitos fundamentais”, Relatório para o Curso de Mestrado e Doutoramento em Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2004). Também, é de se registrar que, em matéria de Direito processual penal já havia referência ao termo: “Qualquer intervenção restritiva da liberdade do cidadão carece de lei expressa” (PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. “Direito Processual Penal – Curso semestral, fascículos policopiados”, Lisboa : AAFDL, 1998, 137).

Canotilho, Vital Moreira, Blanco de Moraes, Melo Alexandrino e Pedro Gonçalves.

De acordo com nossa pesquisa, a primeira referência às intervenções restritivas (no aspecto originário alemão, *Grundrechtseingriff*), em Direito constitucional/administrativo, se deu em artigo publicado por Pedro Gonçalves, em 2001. Neste, o autor apresenta uma breve visão sobre os conceitos clássico e moderno de *Grundrechtseingriff* (traduzido por ele como “ingerência aos direitos fundamentais”), e se prende às ingerências administrativas (considerando que o foco do trabalho são as “advertências administrativas”)¹⁸³. Porém, é com o Professor Jorge Reis Novais, da Clássica de Lisboa, por meio de sua tese de doutorado, publicada em 2003, que surge discussão mais aprofundada. O autor ressalta a relevância do trato da matéria, traduz o termo supra como “intervenção restritiva” e desenvolve os primeiros aspectos da mesma em solo português¹⁸⁴. No mesmo ano, o constitucionalista de Coimbra, Gomes Canotilho, incorporou na sétima edição de sua prestigiada obra “Direito Constitucional e Teoria da Constituição” o conceito que, na condição de arguente, acabara de ouvir na defesa de doutoramento de Reis Novais. Ressalta o mestre de Coimbra, na nota prévia à 7ª edição, que nas edições anteriores de sua obra “havia ausências e omissões importantes relativamente a problemas de grande relevância prática (ex.: o conceito de intervenções restritivas ao lado do conceito de leis restritivas)”¹⁸⁵. Após, em 2004, o conceito surge também nas atentas lições de Blanco de Moraes¹⁸⁶

¹⁸³ Talvez mais na condição de característica do que na amplitude de um conceito, Pedro Gonçalves afirma que seria uma “actuação da Administração Pública que provoca uma lesão num interesse protegido por um direito fundamental” (“Advertências da Administração Pública”, In “Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares”, Coimbra : Coimbra Editora, 2001, p. 764-768).

¹⁸⁴ Reis Novais apresenta um conceito apenas comparativo às restrições, afirmando que com as intervenções restritivas “afecta-se negativamente o conteúdo da posição individual que resulta da titularidade de um direito fundamental, permanecendo, todavia, em princípio, inalterada a norma de direito fundamental e o correspondente conteúdo objetivo do direito”. Na sequência, se refere ao conceito clássico (tido por ultrapassado pela doutrina germânica) e transcreve alguns posicionamentos de eventuais concepções modernas sobre as delimitações conceituais do termo “intervenção restritiva”, sem, todavia, posicionar-se e apresentar um conceito definitivo ao final. Porém, planta a semente da discussão e manifesta-se de maneira pertinente e crítica a respeito de algumas sugestões doutrinárias (“As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição”, Coimbra : Coimbra Editora, p. 192 e ss).

¹⁸⁵ Em sua obra individual, Canotilho afirma que “a intervenção agressiva no âmbito de protecção de um direito pode ser feita através de um acto jurídico (“intervenção restritiva”) concreta e imediatamente incidente sobre um direito, liberdade e garantia” (“Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7ª edição (4ª reimpressão da edição de 2003), Coimbra : Almedina, p. 1265).

¹⁸⁶ Para Blanco de Moraes, as intervenções restritivas se caracterizariam por uma “actuação agressiva sobre um bem protegido de um direito fundamental feita através de um acto jurídico

e José de Melo Alexandrino¹⁸⁷ (2006), bem como na Constituição comentada por Vital Moreira e Gomes Canotilho¹⁸⁸.

Genericamente, numa primeira análise, podemos dizer que adotam o mesmo conceito, segundo o qual se trataria de atuação de autoridade pública que, lastreada em norma anterior, afeta negativamente uma posição de direito fundamental no caso em concreto, permanecendo inalterada a norma de direito fundamental.

Pequenas divergências surgem (apesar de não estarem assim declaradas, e talvez nem serem intencionais) em relação aos direitos que poderiam ser objeto dessa intervenção. Enquanto Reis Novais, Blanco de Moraes, Melo Alexandrino e Pedro Gonçalves parecem tratar como possível, em hipótese, sobre qualquer direito fundamental, Canotilho¹⁸⁹ especifica os “direitos, liberdades e garantias”, mas sem discorrer sobre o motivo para tal opção. Inclusive, em sua obra conjunta com Vital Moreira, se refere também aos direitos análogos àqueles¹⁹⁰.

A respeito da forma que deve revestir a atuação administrativa para configurar uma intervenção restritiva, encontramos dificuldade em analisar qual seria o posicionamento de qualquer doutrina portuguesa. Isso porque, talvez propositada e sabiamente, alguma doutrina tenha deixado em aberto este aspecto conceitual para uma futura mais detida análise (Reis Novais); enquanto outros autores apresentam conclusões críticas que não coadunam com o conceito e exemplos ofertados (Gomes Canotilho).

imediatamente incidente sobre uma posição jurídica concreta” (“Direito Constitucional II – Sumários desenvolvidos”, Lisboa : AAFDL, 2004, p. 83).

¹⁸⁷ José de Melo Alexandrino incorpora plenamente o conceito apresentado por Blanco, já transcrito na nota anterior (“Direitos fundamentais: introdução geral”. Estoril : Principia, 2007, p. 115-116).

¹⁸⁸ Gomes Canotilho e Vital Moreira, nas anotações que fazem à Constituição, afirmam que as “intervenções restritivas consistem em actos ou actuações das autoridades públicas restritivamente incidentes, de modo concreto e imediato, sobre um direito, liberdade e garantia ou direito de natureza análoga” (“Constituição da República Portuguesa Anotada”, Volume I, 4ª edição revista, Coimbra : Coimbra Editora, 2007, 388).

¹⁸⁹ “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7ª edição (4ª reimpressão da edição de 2003), Coimbra : Almedina, p. 1265.

¹⁹⁰ “Constituição da República Portuguesa Anotada”, Volume I, 4ª edição revista, Coimbra : Coimbra Editora, 2007, 388.

Para melhor compreensão deste ponto, passaremos a expor as germânicas concepções dogmáticas¹⁹¹, clássica e moderna, para a *Grundrechtseingriff* (intervenção restritiva).

A “concepção clássica”¹⁹² entendia que a intervenção restritiva consistia num ato jurídico (juridicidade) que, de forma finalística, imediata e vinculativa (impositiva), comprimia o âmbito de proteção de um direito, liberdade e garantia.

Realizando um recorte elucidativo destes requisitos (que deveriam, na tal concepção clássica, ser como um todo e sem exceção cumpridos), temos que:

A intervenção restritiva deveria se dar 1) por meio de ato jurídico, não sendo suficiente portanto as atuações administrativas materiais (dotadas de uma eficácia de fato). Ainda, tal ato jurídico deveria vestir-se de unilateralidade, excluindo-se portanto as agressões originadas em relações contratuais firmadas entre o particular e a Administração, às quais se aplicaria o princípio “*volenti non fit iniuria*”¹⁹³. Tal ato jurídico deveria guardar a 2) natureza impositiva (ato imperativo), a qual, como o nome sugere, clamava por atos que importassem um comando ou uma proibição¹⁹⁴. Esse ato jurídico impositivo necessitaria ainda de

¹⁹¹ Recolhidas dos ensinamentos de Pedro Gonçalves e Reis Novais (respectivamente: “Advertências da Administração Pública”, In “Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares”, Coimbra : Coimbra Editora, 2001, p. 766-768; e “As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição”, Coimbra : Coimbra Editora, p. 208-227).

¹⁹² Conferir Grabitz, Ramsauer, Bleckmann/Eckhoff, Lübke-Wolff e Pieroth/Schlink (GRABITZ, Eberhard. “Freiheit und Verfassungsrecht. Kritische Untersuchung zur Dogmatik und Theorie der Freiheitsrechte”, Tübingen : J. C. B. Mohr, 1976, p. 24 e ss; RAMSAUER, Ulrich, “Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck”, in VerwArch, 1981, 2, p. 89; BLECKMANN, Albert / ECKHOFF, Rolf. “Der “mittelbare” Grundrechtsengriff”, in DVBL, 1988, p. 373 e ss; LÜBBE-WOLF, Gertrude. “Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, Baden-Baden : Nomos, 1988, p. 42 e ss; PIEROTH, Bodo / SCHLINK, Bernhard. “Grundrechte”, 12ª edição, Heidelberg : C. F. Müller, 1996, anotações 256 e ss. *apud* Reis Novais. “As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição”, Coimbra : Coimbra Editora, p. 211).

¹⁹³ Neste sentido, Wolfgang Roth (“Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum”, Berlin : Duncker und Humblot, 1994, p. 138 *apud* Pedro Gonçalves “Advertências da Administração Pública”, In “Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares”, Coimbra : Coimbra Editora, 2001, p.766).

¹⁹⁴ Segundo Schmalz, a agressão consistiria em uma atuação positiva do Estado, sendo que por meio da abstenção haveria o respeito à liberdade dos cidadãos. Porém, quando o exercício de um direito está condicionado a uma autorização administrativa, a recusa não é uma abstenção mas sim uma proibição de exercer o direito (SCHMALZ, Dieter. “Grundrechte”, Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 1997, p. 52 *apud* Pedro Gonçalves. “Advertências da Administração Pública”, In “Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares”, Coimbra : Coimbra Editora, 2001, p. 766). A esse respeito, compreendemos que no caso de exercício de direito fundamental vinculado à autorização administrativa, a “negação da autorização” é um ato jurídico (e não uma abstenção, com efeitos a serem comparados com o de uma ação). A “não decisão” sobre a autorização, por sua vez,

um 3) caráter final, o qual associa à idéia de intencionalidade, no sentido de ser pretendida ou procurada¹⁹⁵ pela Administração Pública aquela situação restritiva¹⁹⁶. E, por fim, o ato jurídico impositivo e finalístico 4) não admitiria, em razão do conceito de causa imediata, situações de interposição de uma pessoa ou fato entre a medida dita agressiva e o agredido – devendo traduzir-se portanto numa relação jurídica bipolar, sendo que qualquer interferência exterior à esfera da Administração quebraria o nexo de causalidade entre o ato administrativo e o resultado danoso.

Porém, a evolução dogmática e jurisprudencial alemã levou à desconsideração (ou relativização) das características formais que antes compunham o conceito de intervenção restritiva para conferir mais valor às situações de prejuízo material aos direitos fundamentais¹⁹⁷. Ou seja, o foco principal passaria do “ato formal característico” para “o resultado de qualquer ato ou ação” que significasse uma agressão a bem jusfundamentalmente protegido¹⁹⁸. Para alguns, “os direitos

pode pragmaticamente configurar uma abstenção nociva, a qual, essa sim, é uma omissão com efeitos ativos que poderia ser comparada ao ato denegatório.

¹⁹⁵ Afirmando que a finalidade era uma característica do conceito clássico, por todos, Bleckmann/Eckhoff (BLECKMANN, Albert / ECKHOFF, Rolf. “Der “mittelbare” Grundrechtsengriff”, in DVBL, 1988, p. 373 e ss *apud* Pedro Gonçalves. “Advertências da Administração Pública”, In “Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares”, Coimbra : Coimbra Editora, 2001, p. 766).

¹⁹⁶ Reis Novais se refere à característica da “identidade entre regulação e prejuízo”, exemplificando com um caso prático onde alguém é proibido de ausentar-se de casa (havendo assim identidade de conteúdo entre prejuízo na liberdade do cidadão e a medida estatal que o impede diretamente de sair de casa), sendo a impossibilidade de descolamento precisamente o sentido e fim da atuação estatal. Sobre essa característica de identidade como elemento essencial para a definição de *Grundrechtseingriff*, conferir Gallwas (GALLWAS, Hans-Ullrich. “Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte”, Berlin : Duncker & Humblot, 1970, p. 19 e ss *apud* Reis Novais. “As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição”, Coimbra : Coimbra Editora, p. 209).

¹⁹⁷ Conforme indicação de Jorge Reis Novais (“As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição”, Coimbra : Coimbra Editora, p. 210), Pedro Gonçalves (“Advertências da Administração Pública”, In “Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares”, Coimbra : Coimbra Editora, 2001, p. 766-767) e Gomes Canotilho (“Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7ª edição (4ª reimpressão da edição de 2003), Coimbra : Almedina, p.1265-1266).

¹⁹⁸ Reis Novais, ao comentar esta guinada, afirma que “para as novas concepções não haveria, por exemplo, uma diferença qualitativa relevante entre uma intervenção no direito de propriedade através de uma expropriação – considerada pela concepção clássica como *intervenção restritiva* – e uma outra que resultasse indirectamente de uma decisão imprevista de construção de uma auto-estrada num determinado local com a consequência inevitável de redução drástica do valor comercial dos terrenos confinantes” (“As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição”, Coimbra : Coimbra Editora, p. 211-212). Porém, a partir da concepção que adotamos, essa situação econômica do direito de propriedade não poderia sequer

fundamentais protegem os cidadãos contra qualquer modalidade de acção estadual, independentemente da sua forma de exteriorização”¹⁹⁹, ao que outros acrescentam que “uma ingerência, no sentido do princípio da legalidade da Administração e da protecção jurídica da liberdade através dos direitos fundamentais, não depende, em definitivo, da forma jurídica da actuação administrativa, mas sim dos respectivos fins e efeitos”²⁰⁰.

Neste processo de mutação conceitual (que, como se percebe, amplia o campo de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais), retira-se a necessidade da intervenção restritiva ser oriunda de um ato (jurídico) impositivo, podendo dita ingerência ablativa ocorrer a partir de atuações que produzem mera eficácia de fato, como as atuações administrativas materiais (intervenções fáticas)²⁰¹.

ser classificada como “bem de direito fundamental”. Por certo que há ofensa a direito patrimonial, e que deve o titular deste ser indenizado pecuniariamente, mas a construção dogmática que levará a esta compensação não atravessa, sob o nosso ponto de vista, o traçado das intervenções restritivas (seja na concepção clássica ou moderna do conceito), justamente por não haver o bem jusfundamental em jogo.

¹⁹⁹ Conferir Pedro Gonçalves (“Advertências da Administração Pública”, In “Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares”, Coimbra : Coimbra Editora, 2001, p. 767), com as remissões que indica.

²⁰⁰ Conferir Pedro Gonçalves (“Advertências da Administração Pública”, In “Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares”, Coimbra : Coimbra Editora, 2001, p. 767), com a remissão.

²⁰¹ Conferir Pedro Gonçalves (“Advertências da Administração Pública”, In “Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares”, Coimbra : Coimbra Editora, 2001, p. 767). Sobre o conceito de prejuízos fáticos, a doutrina alemã possui diversas classificações, sendo que indicaremos as manifestadas por Gallwas, Schwabe e Ramsauer (GALLWAS, Hans-Ullrich. “Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte”, Berlin : Duncker & Humblot, 1970, p. 19 e ss; SCHWABE, Jürgen. “Probleme der Grundrechtsdogmatik”, Darmstadt, 1977, p. 178 e ss RAMSAUER, Ulrich, “Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck”, in VerwArch, 1981, 2, p. 89 e ss *apud* Reis Novais. “As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição”, Coimbra : Coimbra Editora, p. 209-210). O primeiro distingue entre prejuízos fáticos de “efeitos reflexos” e os “meros prejuízos”, de acordo com a estrutura formal do ato estatal que origina o dano e da proximidade entre estes (ato e dano). Os “efeitos reflexos” têm origem num comando estatal, mas as afetações vão muito para além do que aquilo que é imposto, podendo se dar com o próprio destinatário do ato, que sofre uma consequência adicional (“efeito consequencial”), ou mesmo com terceiro não destinatário do ato (“efeito secundário ou colateral”). Já o “mero prejuízo” se dá quando sequer existe uma medida administrativa de comando ou regulação, mas sim outra atividade ou atitude estatal de natureza diversa. Ainda este autor diferencia (em razão da relação subjetiva e objetiva entre a medida estatal e a afetação) os prejuízos necessários e eventuais, intencionais, previsíveis ou acidentais. Passando para as considerações de Schwabe, Reis Novais afirma que este “identifica as seguintes possibilidades de prejuízo fático, de relevância discutível em termos de protecção jusfundamental: a) prejuízos num bem jusfundamentalmente protegido que são uma consequência de medidas estatais incidentes sobre outros bens, eventualmente outros direitos fundamentais, da mesma pessoa; b) prejuízos que não são directamente impostos, mas que o particular é facticamente obrigado a sofrer se quiser realizar outros fins pessoais; c) prejuízos resultantes de medidas estatais (vantajosas, desvantajosas ou neutras) que têm terceiros destinatários”. Por fim, na concepção de Ramsauer, existiriam três espécies de prejuízos fáticos: “a) prejuízos consequentes,

Também a noção de imediação perde forças, ao passo que se pretende incluir no conceito de intervenção restritiva as afetações causadas de maneira apenas mediata pela Administração, a qual se vale de um comportamento indutor, permissivo ou impositivo em face de determinado destinatário²⁰², que, por essa razão, provoca uma afetação a direito fundamental de terceiro, numa relação agora triangular e não mais bipolar, quebrando aquele paradigma conceitual clássico.

Ainda, contrariando a origem do conceito, não haveria mais a necessidade de um propósito de agredir direitos, podendo a intervenção restritiva ser intencional ou não intencional²⁰³.

Contudo, o ganho que poderia significar a ampliação daquele limitado conceito clássico viria a ser sopesado com as perdas que se originariam com uma concepção tão ampla de intervenção restritiva²⁰⁴. Haveria um engessamento da atuação estatal na satisfação do interesse público, tanto por parte da Administração, receosa em atuar (pois de uma forma ou outra, imediata ou mediata, sempre atingiria um direito fundamental), quanto por parte do Judiciário, incapacitado para tantas petições de tutela (e com possibilidades excessivas de controle, que comprometeriam a separação de poderes). A paralisia da Administração (deixando de ofertar as condições ambientais de um exercício otimizado dos direitos fundamentais por parte de todos) acabaria por afetar a própria liberdade, como direito fundamental dos cidadãos. A partir das condições de uma vida em sociedade, deve-se aceitar que os indivíduos devem compartilhar com o Estado os

que não residem no comando ou na regulação em si, mas sim nas suas consequências mais ou menos acidentais; b) prejuízos provocados indirectamente por actos ou medidas estatais dirigidas a terceiros; c) prejuízos provocados por actos não juridicamente qualificados, isto é, provocados por actos simples da autoridade pública.”

²⁰² Pedro Gonçalves (“Advertências da Administração Pública”, In “Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares”, Coimbra : Coimbra Editora, 2001, p. 767). Eckhoff, conforme aponta Reis Novais, esclarece que o conceito atual abrangeria também as situações de intervenções mediatas ou indiretas, prejuízos fáticos e prejuízos não originados em ações estatais, mas de algum modo imputáveis ao Estado (ECKHOFF, Rolf. “Der Grundrechtseingriff”, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag, 1992, p. 120 e ss e p. 178 e ss *apud* Reis Novais. “As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição”, Coimbra : Coimbra Editora, p. 213).

²⁰³ Pedro Gonçalves (“Advertências da Administração Pública”, In “Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares”, Coimbra : Coimbra Editora, 2001, p. 767).

²⁰⁴ Sobre estes, Reis Novais realiza alguns comentários, os quais resumimos na sequência do texto (“As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição”, Coimbra : Coimbra Editora, p. 213-215).

riscos no exercício dos direitos fundamentais²⁰⁵, minorando-se com prudência as expectativas dos titulares de direitos e os meios de reação colocados à sua disposição.

Tendo em conta a problemática supra, a doutrina germânica compreendeu a necessidade de se distinguir, dentre os prejuízos efetivamente sofridos no bem protegido do direito fundamental, aqueles juridicamente relevantes dos irrelevantes²⁰⁶. Para tanto, surgem (de forma geral) duas estratégias/opções²⁰⁷: 1) delimitação (mais precisa possível) do âmbito de proteção do direito fundamental²⁰⁸; ou 2) afinamento do conceito de intervenção restritiva²⁰⁹.

Enquanto o conceito clássico de intervenção restritiva se firmava por aspectos formais, o novo conceito viria equilibrado no prejuízo verificado no bem protegido e na relevância do efeito restritivo identificado²¹⁰.

²⁰⁵ Contra a idéia de repartição do risco (pois Estado e cidadão não formam entre si uma “comunidade social” na qual tais riscos de vida fossem imanentes), Wolfgang Roth (“Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum”, Berlin : Duncker und Humblot, 1994, p. 273 *apud* Reis Novais, “As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição”, Coimbra : Coimbra Editora, p. 214). Scherzberg defende que cabe ao legislador a definição da concreta repartição de riscos, e não à norma de direito fundamental (SCHERZBERG, Arno. ““Objektiver” Grundrechtsschutz und subjektives Grundrecht”, in DVBL, 1989, p. 1129; e “Grundrechtsschutz und “Eingriffsintensität”, Berlin : Dunckler & Humblot, 1989, p. 149 e ss *apud* Reis Novais, “As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição”, Coimbra : Coimbra Editora, p. 215).

²⁰⁶ A máxima do *in dubio pro libertate* não poderia continuar absoluta, como parecia se encontrar no início da transmutação da concepção clássica em seu extremo outro. A defesa das liberdades deve ser consciente e sopesada com os demais direitos fundamentais e interesses da sociedade (NOVAIS, Jorge Reis. “As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição”, Coimbra : Coimbra Editora, p. 218).

²⁰⁷ NOVAIS, Jorge Reis. “As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição”, Coimbra : Coimbra Editora, p. 215-216.

²⁰⁸ Como ressalta Reis Novais, tal delimitação, em abstrato, por mais ampliadora que possa ser, “carece de uma determinação definitiva no caso concreto que não dispensará nem, muito menos, será incompatível com uma aproximação do problema igualmente pelo lado da intervenção restritiva” (“As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição”, Coimbra : Coimbra Editora, p. 217).

²⁰⁹ Para Reis Novais, a reformulação do conceito de intervenção restritiva deve se concentrar prioritariamente não nos aspectos formais (como na concepção clássica), mas sim nos efeitos restritivos causados no bem jusfundamentalmente protegido, atentando-se principalmente para “o problema da delimitação adequada da relevância jurídica a atribuir a esse prejuízo” (“As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição”, Coimbra : Coimbra Editora, p. 217-218).

²¹⁰ O que nos faz pensar se este novo critério não estaria (equivocadamente) mais relacionado à (i)legitimidade da intervenção restritiva do que propriamente ao conceito do que seria uma intervenção restritiva.

Nesta linha de pensamento, a jurisprudência alemã passa a aceitar as restrições fáticas desde que elas surjam com um grau de ofensa ao direito fundamental suficientemente grande para compensar a ausência de requisitos formais (que se encontrariam em uma intervenção restritiva clássica). Buscam uma intensidade especialmente significativa, ou até um critério mais extremo de “prejuízo grave e intolerável”. Porém, concordamos plenamente com o doutrinador lusitano, Reis Novais, que evidencia o fato de que tais critérios são, primeiramente, difíceis (impossíveis) de se estabelecerem por graus em abstrato, resultando numa casuística prejudicial. Num segundo momento, alerta o mesmo autor que é nítida a confusão que se faz entre critérios de configuração e critérios de legitimidade. A intensidade da lesão provocada (quando não irrisória, pois neste sentido pode ser descartada sua relevância tanto nas intervenções restritivas formais quanto nas fáticas/indiretas²¹¹) se traduz em elemento para avaliação da proporcionalidade (em sentido amplo) da medida, dizendo respeito, assim, à natureza de intervenção restritiva legítima ou ilegítima. Não se faz pertinente, portanto, para revelar aquilo que pode ou não ser considerado uma intervenção restritiva²¹².

Dessa forma, para além da intensidade do efeito restritivo, se faz necessária a análise do nexo de causalidade e de responsabilização do Estado pelo dano causado. Deverão, portanto, ser observados “novos factores e critérios fundados

²¹¹ Retomando-se a discussão sobre o âmbito de proteção da norma de direito fundamental, alguns autores (neste sentido, ver Stern e Sachs) considerariam que as chamadas “bagatelas” corresponderiam a comportamentos triviais não configuráveis como verdadeiro exercício de direito fundamental – excluídas, portanto, do âmbito de proteção. Outros autores considerariam as “bagatelas” dentro do âmbito de proteção da norma de direito fundamental, configurando portanto uma intervenção restritiva aquela que a afeta. Porém, seriam intervenções restritivas que sempre se justificariam, pela baixa intensidade da lesão (neste sentido, Roth). (STERN, Klaus / SACHS, Michael. “Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland”, III/2, München : C.H. Beck, 1994, p. 207; e ROTH, Wolfgang. “Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum”, Berlin : Duncker und Humblot, 1994, p. 268 e ss *apud* Reis Novais, “As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição”, Coimbra : Coimbra Editora, respectivamente nas páginas 220 e 220-221).

²¹² Assim se manifesta Reis Novais, com base na doutrina de Rolf Eckhoff (“Der Grundrechtseingriff”, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag, 1992, p. 261 *apud* Reis Novais. “As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição”, Coimbra : Coimbra Editora, p. 219). O autor ainda ressalta que há de se fazer diferença entre uma intervenção restritiva que impeça absolutamente um particular de exercer um comportamento e outra que apenas neutralize um dos caminhos mas permita que seja atingido o objetivo ao final pelo particular; ou mesmo situações onde se exige o preenchimento de determinados requisitos para o gozo de uma posição de direito fundamental em que, num caso, as condições independem do titular do direito e, em outro, dependem totalmente de si.

numa apreciação valorativa da relação de causalidade entre medida estatal e resultado restritivo produzido”²¹³. A partir dessa constatação, a doutrina germânica passou a estudar diferentes formas de sistematizar os critérios de imputação para que pudessem valer em grandes grupos de casos. São duas as linhas mais traçadas, como ensina Reis Novais: 1) reavaliação dos requisitos das intervenções restritivas clássicas; e 2) aplicação de critérios outros, já utilizados em diversos ramos do Direito²¹⁴, como o “carácter social, a sua finalidade, a previsibilidade, a adequação, a adequação social, o fim da norma, a essencialidade da condição e a equiparação de efeitos restritivos”.²¹⁵

Em uma dessas tentativas, Eckhoff²¹⁶ opta por partir da definição de uma estrutura básica daquilo que deveria ser um comportamento estatal qualificável em abstrato como intervenção restritiva, para depois se ater a critérios normativos (de âmbito

²¹³ Reis Novais (“As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição”, Coimbra : Coimbra Editora, p. 222), com remissões à doutrina alemã.

²¹⁴ Como o Direito Civil e o Penal, que há tempos discutem a matéria da imputabilidade, podendo ofertar teorias mais ou menos consolidadas. Ramsauer, por exemplo, desenvolve sua tentativa de delimitação do alcance dos danos fáticos e a imputabilidade a partir da doutrina do fim da norma (*Normzwecklehre*), muito desenvolvida no Direito Civil e posteriormente no Direito Penal, segundo a qual seria determinante para a relação de imputabilidade e responsabilidade a análise do fim da norma que criou a relação jurídica entre os sujeitos envolvidos. Assim, a norma de direito fundamental não visaria uma proteção plena, mas sim apenas de determinados enfoques com base no fim que lhe é próprio. Por exemplo, a garantia de escolha e exercício de profissão não protegeria, em princípio, a quebra de lucros gerada por uma concorrência legítima, sendo este um risco normal da economia de mercado. Assim, uma autorização estatal para o funcionamento de comércios concorrentes ao lado de um anterior “monopólio local” não se configura como uma intervenção restritiva (naquele bem relacionado ao direito fundamental que citamos). Por isso, centra Ramsauer sua atenção no âmbito de proteção, e não nas formalidades do ato ou ação administrativos (RAMSAUER, Ulrich, “Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck”, in *VerwArch*, 1981, 2, p. 99 e ss *apud* Reis Novais, “As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição”, Coimbra : Coimbra Editora, p. 223-224). Entretanto, a doutrina do fim da norma não fornece critérios de decisão além daqueles já obtidos por meio do recurso ao elemento teleológico da interpretação, servindo para delimitar, a partir do âmbito de proteção, mas não valora ou seleciona definitivamente, sendo essa a crítica de Reis Novais, com remissão a Gallwas (“Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte”, Berlin : Duncker & Humblot, 1970, p. 19 e ss *apud* Reis Novais, “As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição”, Coimbra : Coimbra Editora, p. 224-225). Para suprir essa carência, Ramsauer propõe alguns tópicos gerais de orientação para os casos concretos, dentre os quais o da densidade da relação de causa e efeito (medida estatal X efeito danoso), relevando-se a extensão da cadeia causal e a finalidade da medida; bem como a intensidade do dano, que deve ser inversamente proporcional à intensidade da relação causal (quanto menos densa/próxima a relação, mais intensa deve ser a afetação).

²¹⁵ Reis Novais (“As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição”, Coimbra : Coimbra Editora, p. 223), remetendo a autores germânicos.

²¹⁶ ECKHOFF, Rolf. “Der Grundrechtseingriff”, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag, 1992, p. 285 e ss *apud* Reis Novais. “As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição”, Coimbra : Coimbra Editora, p. 225-227.

de proteção) para estabelecer definitivamente a imputabilidade do prejuízo do direito fundamental ao Estado, fazendo a distinção entre problemas unidimensionais (Estado e um titular de direitos fundamentais) e pluridimensionais (o Estado frente a vários titulares de direitos fundamentais). Na estrutura básica, entende o autor que o comportamento estatal (ação ou medida) deverá prejudicar efetivamente (mínimo de intensidade) ou ameaçar de forma relevante uma liberdade protegida de direito fundamental²¹⁷. Quanto às situações unidimensionais ou pluridimensionais, compreende Eckhoff que, no tocante às primeiras, deve partir de um ato administrativo (no qual se vê presumida a imperatividade e coação estatal) que provoque um prejuízo não negligenciável, carecendo nos demais casos (onde não se trate de ato administrativo) de apreciação pontual e circunstancial da intensidade mínima exigível (em razão do concreto âmbito de proteção), do correspondente poder de conformação do Estado e de outros fatores relevantes (como uma responsabilidade imputável ao próprio afetado que teria dado causa à afetação). Já no que se refere às pluridimensionais, se trataria não apenas dos efeitos horizontais dos direitos privados nas relações entre privados, mas igualmente em relação aos especiais deveres de proteção estatal em razão de prejuízos na liberdade causados por outros particulares. Conclui o autor, nesses últimos casos, que só haveria corresponsabilização estatal nas situações em que o particular ofensor tivesse recebido do Estado (em termos formais ou tácitos²¹⁸) as condições para intervir restritivamente na liberdade de terceiros, momento no qual o Estado seria responsável pelo controle da atuação privada e suas eventuais consequências.

Assim, feita esta exposição relacionada à dogmática alemã e sua impressão sobre os conceitos clássicos e contemporâneo do termo *Grundrechtseingriff*, podemos prosseguir a análise dos conceitos portugueses, como havíamos anunciado e do ponto em que suspendemos.

Retornando aos conceitos da doutrina lusitana, percebemos que Gomes Canotilho, Vital Moreira, Blanco de Moraes e Melo Alexandrino se utilizam de termos próprios

²¹⁷ A princípio, nos parece que esses critérios se relacionam mais com o âmbito de proteção e quase nada (ou nada) com a forma do ato ou ação, o que fugiria da proposta anunciada.

²¹⁸ Termos estes acrescentados sob nossa responsabilidade.

daquele conceito clássico tido por ultrapassado na doutrina germânica. Canotilho se refere a um “acto jurídico (“intervenção restritiva”) concreta e imediatamente incidente sobre um direito, liberdade e garantia”²¹⁹. Já na obra em parceria com Vital Moreira²²⁰, abandona o termo “acto jurídico”, mas mantém o requisito do “imediato”. Blanco de Moraes²²¹ (acompanhado por Melo Alexandrino²²²) também parece limitar a “acto jurídico imediatamente incidente sobre uma posição jurídica concreta”.

Se considerarmos o que desenvolvemos a respeito do percurso traçado pela dogmática alemã, os conceitos dos quatro autores por último mencionados tenderiam a uma concepção mais formal do que seria a intervenção restritiva, aproximando-se da visão clássica, excluindo do âmbito de incidência as situações fáticas, bem como as mediatas.

Reis Novais, por sua vez, apesar de esclarecer quais seriam as diversas concepções contemporâneas (da doutrina alemã), ao final não se filia propriamente a nenhuma delas e também não desenvolve um critério próprio. Parece relutante a aceitar uma condição limitada para as intervenções restritivas, fazendo crer que é adepto a uma teoria ampliativa, que assuma intervenções restritivas que ocorram através de agressões fáticas, indiretas, não desejadas pela Administração. Pondera, entretanto, que não poderiam se enquadrar todas as afetações indiretas (em toda a cadeia), mas também não assume qualquer critério para diferenciar aquelas que se enquadrariam ou não no conceito.

Nesse sentido, encontra-se completamente instável o conceito de intervenção restritiva, pois não se tem, em Portugal, qualquer doutrina que estabeleça de maneira firme, consciente e conclusiva o que está ou não por ele acolhido.

Prosseguindo, buscando um “conceito implícito” na doutrina portuguesa, notamos que, ao diferenciar restrição em sentido estrito (geral e abstrata) e intervenção restritiva (individual e concreta), Reis Novais afirma que esta última pode se dar

²¹⁹ “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7ª edição (4ª reimpressão da edição de 2003), Coimbra : Almedina, p. 1265.

²²⁰ “Constituição da República Portuguesa Anotada”, Volume I, 4ª edição revista, Coimbra : Coimbra Editora, 2007, 388.

²²¹ “Direito Constitucional II – Sumários desenvolvidos”, Lisboa : AAFDL, 2004, p. 83.

²²² “Direitos fundamentais: introdução geral”. Estoril : Principia, 2007, p. 115-116.

inclusive através do formato de lei²²³, não obstante na maioria dos casos ocorrer através de atos, atuações ou decisões das autoridades administrativas ou judiciárias. Mais adiante, ao tratar da “exigência de generalidade e abstração das leis restritivas”, trazida expressamente pelo número 3 do artigo 18º da Constituição Portuguesa, Reis Novais desenvolve em maiores detalhes sua concepção²²⁴. Em suma, analisa que a busca pela generalidade e abstração tem sua origem na proteção do princípio da igualdade, da separação dos poderes, do Estado de Direito, sendo inclusive inerente ao conceito de lei. Assim, o texto constitucional citado configuraria um reforço expresso para os casos de restrições de direitos fundamentais. Porém, o autor compreende que em algumas situações, justamente para conferir a igualdade material, o legislador deve produzir lei com destinatário individual e para uma situação concreta (determinados ou determináveis). Ao negar essa situação, produzindo uma lei geral e abstrata, estaria restringindo direitos fundamentais de indivíduos e em situações onde o ato seria desnecessário, e portanto a restrição excessiva. Nesses casos, seria preferível que o legislador aprovasse a lei, e que o Judiciário analisasse sob a perspectiva de uma intervenção restritiva, acrescentando-se ainda os mecanismos de controle das leis (como a constitucionalidade preventiva), mas não declarando inconstitucional meramente pela ofensa ao artigo 18º, 3. Afirma ainda que, além do impedimento pela busca da igualdade material e de respeito ao princípio da indispensabilidade, uma decisão que se baseasse exclusivamente na ofensa do citado artigo poderia premiar o legislador capcioso e condenar aquele que revela diretamente sua intenção de produzir lei não geral/abstrata (numa concepção segundo a qual o Legislativo poderia camuflar com abstratividade e generalidade uma lei que, num efeito real, produziria efeitos sobre um número finito de destinatários, e/ou num caso específico).

A intervenção restritiva produzida através de lei, como sugere Reis Novais, não se inclui na delimitação deste nosso estudo²²⁵. Portanto, deixamos de analisar com

²²³ “As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição”, Coimbra : Coimbra Editora, p. 197.

²²⁴ “As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição”, Coimbra : Coimbra Editora, p. 801-816.

²²⁵ O qual se limita à Administração, em sua função administrativa, não alcançando portanto qualquer intervenção praticada pelo Judiciário ou pelo Legislativo, seja no formato que for.

profundidade estas observações. Não nos esquivamos, no entanto, de traçar algumas ponderações, que apesar de ainda pouco maturadas julgamos pertinentes: dita lei o seria apenas em sentido formal, pois não se adequa ao conceito de lei material;

é identificável o comprometimento do princípio da separação de poderes e da reserva de administração²²⁶, ao passo que o Legislativo passa a atuar nos casos concretos diretamente, num desvio e usurpação de poder;

não obstante algumas vezes poder o princípio da igualdade material ser atingido através da individualização e concretude da lei, a realidade parlamentar atual nos faz crer que na maioria das vezes será ainda mais maltratado o princípio da igualdade nos aspectos formal e material; e,

ainda que se pressuponha um corpo legislativo competente e bem intencionado, que busque a igualdade material, não seria este o caminho constitucionalmente previsto para atingi-la. A Carta Portuguesa, além dos princípios norteadores que apresenta (igualdade, Estado de Direito e separação de poderes), positiva norma clara a respeito da vedação de atuação legislativa restritiva através de leis não dotadas de generalidade e abstratividade.

Por essas razões, não cremos salutar a ofensa imediata à norma constitucional do artigo 18º, 3, e ao princípio da separação dos poderes, pois não há qualquer benefício ao Estado Democrático de Direito na substituição do Legislador ao Administrador nessas situações, sendo preferível que aquele mantenha sua função principal, regrando em abstrato a sociedade, deixando a cargo do último a responsabilidade de individualizar e concretizar as normas restritivas quando adequado, necessário e proporcional.

Devemos salientar que não se exclui a possibilidade de uma lei atingir diretamente um direito fundamental, restringindo-o, em situação individual e concreta. Porém,

²²⁶ Podemos falar, ainda, numa “reserva de caso concreto”, na acepção de Paulo Otero, para quem “todas as leis parlamentares que traduzam o exercício de competência administrativa, violando a “reserva de caso concreto” a favor dos órgãos administrativos, são, além de organicamente inconstitucionais, materialmente violadoras do princípio da separação dos poderes. Tratam-se de leis que, usando uma terminologia administrativa, se encontram feridas de usurpação de poderes, sendo juridicamente nulas” (“Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade”, Reimpressão da edição de Maio/2003, Coimbra : Almedina, 2007, p. 754).

isso somente será possível nos casos em que a própria Constituição expressamente autoriza e solicita (no artigo 62º, 2, ao tratar das expropriações²²⁷). E, mesmo nesses casos, não obstante existir lei restritiva determinando especificamente o bem que será expropriado, esta se limita à autorização, sendo que será responsável (em nossa concepção, que nisso parece divergir do lecionado por Reis Novais) pela concretização, pela transposição do “dever ser” para o “ser”, pela intervenção restritiva, a Administração.

Remetendo ainda aos estudos do Professor Reis Novais, encontramos passagens onde o autor afirma que as intervenções restritivas podem se dar por ação ou omissão estatal²²⁸.

Delineadas portanto as configurações que a doutrina portuguesa procura conferir ao termo intervenção restritiva²²⁹, bem como ilustrada a problemática, como pano

²²⁷ Mas nesse caso voltaríamos à questão de saber se o direito à propriedade é de natureza fundamental ou não.

²²⁸ Tal se dá tanto em sua tese de doutoramento (mais através de exemplos) quanto em artigo mais recente, onde menciona que as intervenções restritivas nos direitos fundamentais não resultam apenas da ação, mas também “de uma omissão por parte dos poderes constituídos, o que, em geral, afecta a parte mais substancial das lesões verificáveis nos direitos a prestações fácticas ou normativas” (“Em defesa do Recurso de Amparo Constitucional (ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade)”, in “Direitos Fundamentais – Trunfos contra a maioria”, Coimbra : Coimbra Editora, 2006, p. 163).

²²⁹ Realizando uma pesquisa junto ao Supremo Tribunal Administrativo, com o singelo objetivo de avaliar o (des)uso dos termos “intervenção restritiva” e “ingerência ablativa”, encontramos apenas dois acórdãos. O processo nº047693 (data do acórdão: 18.05.2004), Pleno da Secção do CA, Relator J. Simões de Oliveira, trata de um caso de expropriação onde se discute a proporcionalidade da medida. Podemos considerar o termo “ingerência ablativa” (citado uma única vez) como corretamente empregado, mas caberia ainda a discussão em torno de se tratar ou não efetivamente de uma ingerência ablativa de posição jusfundamental (isso porque é discutível a natureza do direito à propriedade ser verdadeiramente um direito fundamental, não obstante a raiz histórica, em vista da condição patrimonial e disponível do mesmo). Numa segunda decisão (processo nº0147/05 (data do acórdão: 11.05.2005), 2ª Subsecção do CA, Relator Políbio Henriques), relacionada à concessão de benefício por desemprego, o acórdão traz (uma única vez) o termo “intervenção restritiva”. Em nossa classificação, se trataria de uma “omissão restritiva”. Foram as únicas duas referências encontradas através de busca no endereço eletrônico do Supremo Tribunal Administrativo (procuramos também “intervenções restritivas”, “ingerências ablativas”, “intervenção ablativa”, “intervenções ablativas”, “ingerência restritiva” e “ingerências restritivas”). Esta pesquisa não tinha como objetivo analisar os julgados que materialmente tratassem das intervenções restritivas, mas sim, unicamente, avaliar a incorporação (ou não), por parte do Egrégio Tribunal, dos termos sugeridos pela doutrina especializada. Como resultado, se considerarmos confiável o sistema eletrônico de busca disponibilizado pela Corte em questão, identificamos a não adesão até o momento de confecção do presente artigo (2008). O Tribunal Constitucional não é competente na atualidade para analisar intervenções restritivas administrativas. Por essa razão, seria difícil encontrar tal termo (no sentido desejado), a não ser como pano de fundo de outro questão. De qualquer forma, decidimos realizar pesquisa idêntica àquela que executamos junto ao Supremo Tribunal Administrativo, com a mesma finalidade de avaliação. Eis que, sob o termo “intervenção restritiva”, encontramos os seguintes julgados: 1)

de fundo, na dogmática germânica, utilizaremos o tópico seguinte para investir num esforço de construção conceitual, diversa das até então apresentadas em Portugal.

Acórdão nº144/2006, da 3ª Secção do TC, Relatado pelo Conselheiro Vitor Gomes: utiliza adequadamente o termo “intervenção restritiva”, mas é esta provocada pelo Ministério Público, e não pela Administração; 2) Acórdão nº450/2007 da 3ª Secção do TC, Relatado pela Conselheira Maria Lúcia Amaral: afirma que dois pontos “têm merecido a atenção – e a aceitação – do Tribunal. Um deles diz respeito à possibilidade de aplicação do conceito de «intervenção restritiva» àqueles actos do juiz que, incluindo-se embora no âmbito da sua competência reservada (para o que agora interessa, em procedimentos de acompanhamento de «escutas telefónicas»), podem no entanto vir a ser especialmente lesivos dos direitos afectados pelas «escutas». O segundo ponto diz respeito à função que tem o princípio da proporcionalidade, enunciado em geral no nº 2 *in fine* do artigo 18º da CRP, *quer enquanto parâmetro autónomo de valoração das ditas «intervensões restritivas», quer enquanto elemento orientador da determinação do âmbito (e da extensão) da reserva do juiz*”. É um caso de adoção expressa do termo como disposto na doutrina, no sentido de “intervenção restritiva judicial”. Seriam, em verdade, duas as situações de “intervenção restritiva” narradas no acórdão, ambas judiciais. Uma delas poderíamos conceber como de uso equivocado, a partir da nossa perspectiva de classificação, porque se trataria de uma “omissão restritiva”. Tratando como intervenção restritiva administrativa, temos o 3) Acórdão nº43/2004, da 2ª Secção do TC, Relatado pela Conselheira Maria Fernanda Palma, em matéria relacionada a sanção administrativa de inibição de conduzir por 60 dias, por infração a norma de trânsito; o 4) Acórdão nº293/2008, da 3ª Secção do TC, Relatado pelo Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha, se refere também ao caso das escutas telefónicas, e menciona que o arguido sofreu uma intervenção restritiva nos seus direitos fundamentais ao ser objecto de escutas telefónicas. Parece-nos bem colocado o termo, se tratando de uma intervenção restritiva administrativa praticada por agentes policiais (não sendo propriamente este o objeto de julgamento, pois a atual competência do Tribunal Constitucional não admitiria, em hipótese); o 5) Acórdão nº451/2007, da 3ª secção do TC, Relatado pela Conselheira Ana Guerra Martins, também relacionado a escutas telefónicas; o 6) Acórdão nº70/2008, Plenário do TC, Relatado pelo Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha, se refere à intervenção restritiva administrativa que sofre o arguido ao ser objeto de escutas, mas também sugere a intervenção restritiva judicial que elimina trechos das escutas, aproveitando apenas outros, sem oitiva do arguido; o 7) Acórdão nº660/2006, da 2ª Secção do TC, Relatado pelo Conselheiro Paulo Mota Pinto, no mesmo sentido; o 8) Acórdão nº340/2008, da 2ª Secção do TC, Relatado pelo Conselheiro Mário Torres, referente a escutas, também utiliza adequadamente o termo para intervenção restritiva administrativa; o 9) Acórdão nº228/2007, da 2ª Secção do TC, Relatado pela Conselheira Maria Fernanda Palma, traz interessante discussão sobre a possibilidade de se recolher material biológico para fins de produção de prova em processo criminal. Ao realizar dita colheita contra a vontade do acusado, estaríamos diante de uma intervenção restritiva (termo utilizado no acórdão); e o 10) Acórdão nº155/2007, da 3ª Secção do TC, Relatado pelo Conselheiro Gil Galvão, também discute a coleta de material biológico para fins de exame de DNA, objetivando a solução de uma investigação criminal. O termo é utilizado de maneira correta, inclusive porque se trata de trecho de argumentação de um dos pareceristas (Gomes Canotilho). Na perspectiva de sinónimo de “restrição” encontramos o 11) Acórdão nº289/92, Relatado por Antero Alves, em fiscalização preventiva da constitucionalidade; o 12) Acórdão nº199/2005, da 2ª Secção do TC, Relatado pelo Conselheiro Benjamim Rodrigues, num caso relacionado à definição de serviços mínimos durante a greve; e o 13) Acórdão nº653/2005, 1ª Secção do TC, Relatado pelo Conselheiro Pamplona de

3 – INTERVENÇÃO RESTRITIVA AO CONCEITO DE INTERVENÇÃO RESTRITIVA (CRÍTICA PESSOAL AOS CONCEITOS ATUAIS E PROPOSTA DE NOVOS CONCEITOS E CLASSIFICAÇÕES)

Provavelmente algumas das situações acima narradas sequer são desejadas pelos doutrinadores que as trabalharam ou sobre elas se manifestaram em menor ou maior profundidade. Porém, analisaremos os conceitos dos autores citados, mesmo que na maioria dos casos não tenham surgido a partir de um estudo aprofundado sobre o tema. Isso em respeito aos mesmos, porque estamos cientes que não apenas a construção de um conceito deve ser estudada, mas também as “pequenas alterações” que surgem de autor para autor (pois presumimos sempre uma relevância dogmática ao se dispôr de maneira distinta “da fonte”), bem como as “adoções *ipsis literis*” (afinal, ao se adotar um conceito divide-se a responsabilidade em defendê-lo, não sendo um ato inconsequente e irrefletido).

Primeiramente, iniciando pelo final do tópico anterior, ousamos afirmar que é de se excluir da amplitude das intervenções restritivas qualquer omissão estatal²³⁰.

De início (e num argumento ainda notoriamente frágil), apelamos para os sentidos das palavras. O termo “intervenção”, em dicionários jurídicos ou mesmo leigos, sempre surge relacionado a um ato, uma ação. Buscando-se a origem alemã, de onde se importou o instituto, *Eingriff* é encontrado nos dicionários leigos²³¹ e jurídicos²³² como “intervenção”, associando-se sempre a atos, e não a omissões. Em um dos termos leigos, surge como “intervenção médica, cirúrgica”. Ou seja, a metáfora seria no sentido de um ato invasivo praticado em determinada pessoa, com um fim específico e tendencialmente positivo (para a pessoa ou coletividade,

Oliveira. Utilizando o termo “intervenção ablativa” encontramos o Acórdão nº355/97, do Plenário do TC, Relatado pelo Conselheiro Tavares da Costa, o qual se utiliza do termo relacionando-o à produção de norma em abstrato e geral (restrição, portanto). Procuramos também as expressões “intervensões restritivas”, “ingerência restritiva”, “ingerências restritivas”, “ingerência ablativa”, “ingerências ablativas” e “intervensões ablativas”.

²³⁰ Em sentido contrário, Reis Novais, para quem a intervenção restritiva pode surgir “de uma omissão por parte dos poderes constituídos” (“Em defesa do Recurso de Amparo Constitucional (ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade)”, in “Direitos Fundamentais – Trunfos contra a maioria”, Coimbra : Coimbra Editora, 2006, p. 163).

²³¹ Dicionário de alemão-português, Porto : Porto Editora, 2000, p.223.

²³² RAMOS, Silveira. “Dicionário jurídico alemão-português : direito, economia, fisco, alfândegas, comércio, seguros, finanças, bolsa, abreviaturas, siglas”, Coimbra : Almedina, 1995, p. 118.

não obstante a intervenção em si causar uma lesão – como a retirada do apêndice para curar a apendicite; ou a aplicação de vacinas para conter epidemia).

Porém, apenas essa razão linguística não bastaria para a exclusão das omissões. Dizer-se-ia que existe a possibilidade de incorporação técnica de um termo no Direito, guardando por vezes sentido diverso do vulgar/leigo. Com isto concordamos, mas deve existir uma razão de ser que justifique essa deturpação (ainda mais quando mesmo em dicionários técnicos-jurídicos o termo “intervenção” não se relaciona com “omissão”).

De qualquer forma, levantamos a segunda e dogmaticamente principal questão: seria impertinente associar num mesmo instituto duas categorias cujos critérios de análise de legitimidade e de controle serão distintos.

As “omissões” se dariam na seara dos deveres prestacionais do Estado, ou seja, relacionados às posições positivas nos direitos fundamentais dos particulares. É notório que estes direitos prestacionais estão normalmente ligados a reservas (do possível, do politicamente adequado), as quais pouco (ou nada) afetam os direitos fundamentais no âmbito negativo dos mesmos. Ainda, discute-se a pertinência de um “mínimo existencial”, ou a condição de mera norma programática em algumas situações (o que também não se discute na seara das liberdades - ou melhor, das abstenções do Estado). Enquanto os atos ou ações que importassem afetação negativa se vinculariam, para sua legitimidade, à já consagrada proibição de excesso (*Überrmassverbot*), a omissão se vincularia à ainda por lapidar proibição de insuficiência (*Unterrmassverbot*)²³³. O controle judicial, por sua vez, é muito mais questionável e dificultado quando se trata de um direito a atos e ações positivas por parte do Estado. Portanto, não cremos pertinente forçar uma deturpação linguística para admitir uma situação que em verdade proporcionaria a convivência de figuras com sensíveis e consideráveis diferenças.

Com isso, fazemos nossa primeira proposta de classificação no sentido de diferenciar as “intervensões restritivas” das “omissões restritivas”, sendo que,

²³³ Sobre o tema, conferir a obra de Claus-Wilhelm Canaris (“Direitos Fundamentais e Direito Privado”, tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Coimbra : Almedina, 2006 (reimpressão da edição de 2003), tido como precursor do termo e conceito na doutrina alemã.

jusfundamentalmente, as primeiras se relacionam às afetações a direitos a atos negativos e as últimas a direitos a atos positivos.

Ressalte-se que, tal qual ocorre com as intervenções restritivas, as omissões restritivas poderão ser legítimas ou ilegítimas²³⁴. A Administração pode exercitar a ponderação entre direitos fundamentais, optando por não conferir exequibilidade a determinado direito (restrição a este), em benefício de outro (concretização deste).

Podemos citar o seguinte exemplo: determinada avenida do centro da cidade foi fechada para que artistas decorassem a rua com mosaicos temáticos a respeito de suas impressões sobre a vida. Entretanto, um grupo numeroso de cidadãos inicia uma manifestação espontânea (sem prévio aviso), a qual visava justamente utilizar-se da visibilidade que os artistas atraíram, sendo que portanto o único meio útil para se efetivar a manifestação seria justamente naquela avenida, naquele horário. A Administração possui um dever de proteger o exercício da liberdade de expressão daqueles artistas, todavia, entendendo que os danos seriam maiores se tentasse impedir o direito de manifestação do grupo que por ali desejava passar, opta por se omitir da proteção constitucional que deve aos artistas, permitindo assim que os manifestantes passem pela avenida e impossibilitem aquele exercício (constitucional, legítimo, autorizado e regulado) da liberdade de expressão daqueles artistas.

Na discussão sobre as omissões, já adiantamos que as “intervenções restritivas” se dirigem a direitos fundamentais em sua vertente negativa. Cumpre agora delinear de maneira mais concreta o que seria tal vertente.

A partir de uma divisão adotada por Alexy²³⁵, temos os direitos às ações negativas.

²³⁴ Sendo que uma intervenção (ou omissão) restritiva ilegítima configura uma “violação do direito fundamental afectado” (NOVAIS, Jorge Reis. “As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição”, Coimbra : Coimbra Editora, 2003, p. 198).

²³⁵ ALEXY, Robert. “Theorie der Grundrechte”, Baden-Baden : Nomos, 1985 - Versão traduzida para o castelhano por Carlos Bernal Pulido. “Teoría de los Derechos Fundamentales”, 2ª edição, Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 165-170. Também Canotilho (“Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7ª edição (4ª reimpressão da edição de 2003), Coimbra : Almedina, p. 1258-1259) afirma que “os direitos fundamentais são garantidos como *direitos a actos negativos (Abwehrrechte)* numa tripla perspectiva: (1) direito ao não impedimento por parte dos entes públicos de determinados actos (ex.: art. 37º/2 – direito a exprimir e divulgar livremente o seu pensamento, sem qualquer impedimento ou limitação por parte dos entes públicos); (2) direito à não intervenção dos entes públicos em situações jurídico-subjectivas (ex.: art. 34º/4 – é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência e telecomunicações); (3) direito à

Seriam eles os chamados “direitos de defesa”, vinculados à primeira geração de direitos fundamentais, se nos apegarmos à estrutura clássica. Porém, como é cada vez mais notório entre os doutrinadores contemporâneos, todo direito fundamental possui vertentes positivas e negativas, em maior ou menor grau uma e outra. Assim, essa divisão por gerações acaba por perder substância.

Nesta linha, nos interessa analisar as facetas de direitos a atos negativos existentes nos direitos fundamentais. Estes se dividem em três grupos, os quais correspondem aos direitos de que o Estado: 1) não dificulte²³⁶ as ações; 2) não afete as propriedades e situações²³⁷; e 3) não elimine posições jurídicas. Na lição de Alexy²³⁸, essas ações, propriedades ou situações e posições de direito ordinário que não devem ser impedidas, afetadas ou eliminadas podem se colocar sob a nomenclatura única de “bens protegidos”.

Assim, a respeito dos direitos fundamentais que seriam potenciais vítimas das intervenções restritivas, não podemos nos filiar “sem ressalvas” a qualquer concepção até agora apresentada pela doutrina. Isso porque nos parece indiferente a condição de direito, liberdade e garantia, ou direitos econômicos, sociais e culturais, ou mesmo qualquer outro de natureza análoga, de primeira, segunda, terceira ou quarta geração. A única configuração que nos parece importar para integrar o conceito de intervenção restritiva é o fato de se tratar de uma ofensa a bem ou posição jurídica protegidos fundamentalmente contra interferência estatal, ou seja, os chamados direitos a atos negativos. Isso porque, onde há ação

não eliminação de posições jurídicas (ex.: art. 62º/1 – direito à não eliminação da propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte)”.

²³⁶ Aqui nos utilizando de um termo mais amplo, adotado por Othmar Bühler (“Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung”, Berlin/Stuttgart/Leipzig, 1914, p. 63, *apud* ALEXY, Robert. “Theorie der Grundrechte”, Baden-Baden : Nomos, 1985 - Versão traduzida para o castelhano por Carlos Bernal Pulido. “Teoría de los Derechos Fundamentales”, 2ª edição, Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 167), abarcando as situações de “impedir” (o Estado cria uma situação onde fica faticamente impossível para o cidadão realizar determinada ação) bem como de “obstaculizar” ações (o Estado coloca barreiras entre o cidadão e a efetividade da ação, mas ainda é possível sua execução).

²³⁷ Conforme aponta Alexy, no lugar de “propriedades e situações”, frequentemente se fala em “bens”, como o bem da vida (“Theorie der Grundrechte”, Baden-Baden : Nomos, 1985 - Versão traduzida para o castelhano por Carlos Bernal Pulido. “Teoría de los Derechos Fundamentales”, 2ª edição, Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 168).

²³⁸ “Theorie der Grundrechte”, Baden-Baden : Nomos, 1985 - Versão traduzida para o castelhano por Carlos Bernal Pulido. “Teoría de los Derechos Fundamentales”, 2ª edição, Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 264.

(intervenção), para ser restritiva, deve se presumir que havia um dever de inação, ou seja, uma posição de proteção do indivíduo contra a ação estatal.

Poderíamos dizer, em linha de conclusão, que ambos os conceitos (tanto o que se limita aos “direitos, liberdades e garantias” quanto o que se estende a todos os “direitos fundamentais”) estão “certos e errados”.

Aquele que se refere aos direitos, liberdades e garantias encontram-se mais delimitados ao real grupo de direitos atingido pelas intervenções restritivas, pois, de fato, os direitos a atos negativos se encontram em maior quantidade relacionados a ditos “direitos, liberdades e garantias”. Porém, considerando a constatação de que os diversos direitos fundamentais guardam posições negativas e positivas, só se poderia adotar como completamente correta essa conceituação de intervenção restritiva se afirmássemos que “direitos a atos negativos” são sinônimos de “direitos, liberdades e garantias”, enquanto os “direitos econômicos, sociais e culturais” seriam sinônimo de “direitos a atos positivos”.

Por sua vez, a doutrina que sugere a afetação dos “direitos fundamentais” como um todo estaria mais correta no sentido de que, realmente, os direitos a atos negativos se relacionam de alguma maneira com todas as “espécies” de direitos fundamentais. Todavia, pecaria pela falta de maior delimitação do que realmente é atingido.

É de se notar, entretanto, que só encontramos dificuldade em aceitar plenamente o conceito que extravasa para todos os “direitos fundamentais” a possibilidade de sofrer ingerência ablativa porque criamos aquela divisão entre “intervenções restritivas” e “omissões restritivas”. Dessa forma, se não for adotada essa nossa sugestão, a partir do entendimento até hoje manifestado por Reis Novais (que sugere ser possível a “intervenção” restritiva através de atos ou omissões) seria retirada qualquer crítica.

Por fim, resta agora a delimitação formal e material das situações que podem gerar e das afetações que podem ser consideradas intervenções restritivas. Como visto, identifica-se uma discussão doutrinária no país de origem do termo, compreendendo-se que a concepção clássica²³⁹ entendia a intervenção restritiva

²³⁹ Rerefindo-se à doutrina de seu país (Alemanha), Martin Borowski afirma que nos tempos iniciais de desenvolvimento dos direitos fundamentais predominava o conceito clássico de intervenção,

como sendo um ato jurídico que, de forma finalística, imediata e vinculativa, comprimia o âmbito de proteção de um direito, liberdade e garantia. De outro lado, a doutrina contemporânea visaria ampliar a proteção para as agressões fáticas, onde o ato administrativo atinge o indivíduo e um exercício de seu direito fundamental de forma reflexa, transversa, indireta, mediata²⁴⁰.

Concordamos que deva ser conferida uma proteção cada vez mais reforçada aos direitos fundamentais. Porém, uma abertura desmedida pode acarretar a inibição administrativa e o assoberbamento do Judiciário. Assim, não podemos simplesmente querer, na atualidade/realidade portuguesa, mudar o foco (ainda desfocado²⁴¹) do “ato formal característico” para “o resultado de qualquer ato ou ação” que significasse uma agressão a bem jusfundamentalmente protegido.

Creemos fundamental manter algumas características formais no ato ou ação em si para fins de conceituar a intervenção restritiva, não podendo mirar apenas para a ofensa ao bem ou posição de direito fundamental. Esses requisitos formais

segundo o qual uma atuação estatal seria considerada intervenção em um direito fundamental somente quando ela representasse uma afetação final, imediata e que tem forma jurídica dos bens protegidos por um direito de defesa. Porém, à medida que a jurisprudência sobre os direitos fundamentais foi evoluindo, assim como o foi a preocupação científica pela dogmática dos direitos fundamentais, o conceito clássico de intervenção começou a revelar-se como demasiado reduzido. Esta circunstância desembocou no desenvolvimento do conceito moderno de intervenção, segundo o qual toda atuação estatal que afete os bens protegidos por um direito fundamental representa uma intervenção nesse direito (“La estructura de los derechos fundamentales”, tradução de Carlos Bernal Pulido, Colômbia : Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 121-122).

²⁴⁰ Martin Borowski compreende que, enquanto o problema do conceito clássico de intervenção era seu extremado caráter reduzido, o problema do conceito moderno é sua desmedida amplitude. Por essa razão, são propostos alguns critérios que delimitem esse conceito moderno, dentre os quais se sobressai, segundo o autor, que a intervenção tenha uma intensidade mínima (“La estructura de los derechos fundamentales”, tradução de Carlos Bernal Pulido, Colômbia : Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 122). Porém, em nossa concepção, fica descoberta a situação do nexo de causalidade, e a proximidade do ato ou ação administrativo com o dano causado. Afinal, o dano pode ser intenso, mas oriundo de um longínquo ato ou ação administrativo. O principal problema, portanto, não é o da intensidade (até porque os danos irrisórios podem mesmo ser excluídos inclusive do conceito clássico, eventualmente; e o grau da lesão é matéria pertinente à análise - proporcionalidade - da legitimidade da intervenção restritiva, mas não para sua configuração como tal). Sob a nossa perspectiva, não é o grau da lesão que diferencia o conceito clássico (intervenção direta e intencional) do moderno (que abarca também as intervenções fáticas, indiretas e não intencionais), mas sim a intenção de afetação e o caráter direto reforçador do nexo de causalidade evidente. Portanto, os critérios que buscarem restringir a amplitude do “conceito moderno de intervenção” devem se pautar por essa real problemática, e não pela da intensidade da lesão (que será discutida na esfera do âmbito de proteção do direito, nas concepções ampla e restritiva do mesmo, definindo-se a partir disso onde se daria ou não uma intervenção propriamente, seja ela no conceito clássico ou moderno).

²⁴¹ Nos referindo à pouca delineação e raiz histórico-dogmática do conceito de intervenção restritiva em Portugal.

relacionados à atuação administrativa deverão ser aqueles pertinentes para possibilitar a objetiva exigência de uma atitude de Administração consciente e planejadora, preocupada com os direitos fundamentais. Somente através de características que possibilitem uma pré-análise administrativa dos possíveis danos a posições de direitos fundamentais seria possível alcançar esse objetivo de Administração responsável e eficiente.

Assim, defendemos um conceito forte de “intervenção restritiva”, não tão amplo e fluido (perdendo talvez no âmbito de tutela jurisdicional *prima facie* que poderia conquistar, mas ganhando em qualidade de prestação jurisdicional²⁴²). Tal delimitação, que buscamos, permitiria que o órgão ou agente da Administração, responsável pela intervenção, percorresse, antes de concretizar o ato ou ação, todo o caminho que posteriormente o Judiciário percorreria se provocado para o controle. Ou seja, analisaria²⁴³ a adequação, necessidade e proporcionalidade (em sentido estrito)²⁴⁴ de sua atuação em face do(s) bem(ns) que lesa e daquele(s) que busca proteger.

Considerando esse objetivo traçado, faremos uma nova observação do conceito clássico, em paralelo com as realidades lesivas que se encontraram excluídas, para então relativizar aquele primeiro onde for adequada a relativização (em vista do antes narrado).

No que pertine ao termo “ato jurídico” e o que dele parecia se extrair na concepção clássica, temos por adaptável a uma nova realidade dogmática dos direitos fundamentais. Assim, não vemos prejuízo em se elastecer para termos mais amplos o conceito (“atuações administrativas” em vez de “atos jurídicos”), lembrando que os atos materiais estariam inclusos nessa acepção.

Para sairmos da dogmática pura e elucidarmos com um exemplo na intenção de melhor expressar nosso pensamento, trazemos para discussão a polêmica da transfusão de sangue em pacientes ditos Testemunhas de Jeová. Essa religião não permite que seus seguidores realizem transfusões de sangue. Assim, num caso

²⁴² Uma opção qualitativa e não quantitativa. Ou seja, zelar e defender com qualidade um número razoável de lesões; e não de forma insuficiente um número elevado de lesões.

²⁴³ Além das formalidades que a lei exige para os atos e ações da Administração (tal qual competência, publicidade, motivação).

²⁴⁴ Sobre os critérios de legitimidade da intervenção restritiva nos manifestamos em obra mais aprofundada, a ser lançada em breve.

onde somente através da transfusão (e certamente através desta) a vida seria preservada, o médico se veria no dilema de proteger o bem da vida (realizando a transfusão forçada) ou respeitar a expressão da fé individual e a integridade física e moral do paciente (não realizando, e deixando a pessoa morrer). Em Portugal a tendência seria não permitir a transfusão (sendo que no Brasil se daria o inverso normalmente). Mas, independente da polêmica e divergências doutrinárias que as ponderações do caso pudessem acarretar, é evidente que, através deste “ato material” de transfusão forçada, o médico (imaginemos que se trate de um hospital público, um funcionário público) estaria claramente afetando negativamente os direitos fundamentais do paciente. Em nossa concepção, esse ato material configura uma intervenção restritiva (que, como todas, pode ser legítima ou ilegítima).

No que tange à “unilateralidade” que estaria em ligação com o “ato jurídico” na concepção clássica, fazemos algumas ressalvas. Por consequência desta, a doutrina se manifesta no sentido de que os “contratos administrativos” não se encaixariam no conceito de intervenção restritiva clássica em razão do princípio *volenti non fit iniuria* (ou seja, haveria um consentimento presumido que impossibilitaria reclamações)²⁴⁵. Por lógica, ficariam excluídos também os atos (ou ações, já alargando o conceito) que se baseassem numa renúncia do particular a posição de direito fundamental²⁴⁶.

A respeito dessas limitações que pareciam decorrer do conceito clássico²⁴⁷, admitimos uma nova ampliação/flexibilização. Cremos que, tanto no caso dos contratos administrativos quanto das renúncias a posições jusfundamentais, não obstante a concordância genérica do particular, existe a intervenção restritiva. Diferencia-se de outras intervenções restritivas apenas em razão da “fonte de

²⁴⁵ Conforme já citamos, neste sentido, Wolfgang Roth (“Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum”, Berlin : Duncker und Humblot, 1994, p. 138 *apud* Pedro Gonçalves “Advertências da Administração Pública”, In “Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares”, Coimbra : Coimbra Editora, 2001, p.766). Remetemos às considerações que fizemos à altura da primeira citação.

²⁴⁶ Sendo incorreto o usual termo “renúncia de direitos fundamentais”, pois o direito em si é irrenunciável. O que pode ser objeto da renúncia é determinada faculdade, exercício, bem, posição (não o direito específico como um todo e em abstrato).

²⁴⁷ De acordo com Pedro Gonçalves (“Advertências da Administração Pública”, In “Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares”, Coimbra : Coimbra Editora, 2001, p.766).

legitimidade” (que no caso é aquiescência, a autorização, do particular)²⁴⁸. O que poderia eventualmente retirar essa condição seria a análise e concepção ampla ou restrita do âmbito de proteção da norma (celeuma sobre a qual já nos referimos brevemente), que diria não haver “intervenção restritiva”, não pela “forma” do ato, mas sim porque ali não haveria “afetação negativa”.

A respeito da renúncia, deve-se destacar que ela não configura um fim em si mesma. Ou seja, o indivíduo que abre mão da proteção relacionada a determinada posição de direito fundamental não o faz por ser este o benefício final que almeja. A renúncia é um meio para o fim pretendido. Assim, continua sendo uma afetação negativa a determinada posição de direito fundamental, buscando-se proteger ou conquistar outro bem ou interesse. A diferença surge no fato de que, em se tratando de renúncia, o primeiro exercício de ponderação dos bens é realizado pelo próprio particular que será lesado, e não pela Administração (como acontece na maioria dos demais casos). Mas isso não retira a condição de “intervenção restritiva” àquela faculdade de direito fundamental, e também não se esquia dos necessários requisitos de legitimidade aos quais a Administração prosseguirá atenta e submissa²⁴⁹.

Com relação à natureza “impositiva” que deveria guardar o ato, acreditamos ser um termo desnecessário ou impertinente. Desnecessário porque, a princípio, a grande maioria das intervenções restritivas (se não todas, de uma forma ou outra) são oriundas de atos ou ações impositivas, onde a Administração realiza a ponderação de valores e impõe determinada situação no mundo real. Impertinente porque, se de algum modo ocorrer uma atuação administrativa que dificulte ações, afete bens ou elimine posições jurídicas²⁵⁰ e não seja impositiva, estar-se-ia

²⁴⁸ Lembrando que nos contratos administrativos, independente de qualquer previsão expressa, a Administração goza de poderes especiais de autoridade, conferidos por lei.

²⁴⁹ Nos casos de renúncia de posições de direito fundamental, abre-se um novo campo de atuação legítima para a Administração, que poderá intervir restritivamente no exercício de um direito fundamental do particular, tendo como fonte o consentimento deste. Tal qual se dá nos casos de lei restritiva, a inconstitucionalidade do “consentimento” (em casos de indisponibilidade, por exemplo) acarretará a inconstitucionalidade da intervenção restritiva que se baseou exclusivamente neste. De outro lado, a inconstitucionalidade da intervenção não maculará o consentimento.

²⁵⁰ Basicamente, as três categorias de direitos a atos negativos dispostos por Alexy (“Theorie der Grundrechte”, Baden-Baden : Nomos, 1985 - Versão traduzida para o castelhano por Carlos Bernal Pulido. “Teoría de los Derechos Fundamentales”, 2ª edição, Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 165-170). Ver também Gomes Canotilho (“Direito Constitucional e Teoria

retirando do conceito elementos a ele adequados²⁵¹.

Prosseguindo, a “mera situação fática”, independente de concordarmos ou não com sua pertinência para configuração da intervenção restritiva, não pode ser disposta no conceito como inclusa no termo “atuação administrativa”. Isso porque “atuação” se relaciona com um “agir”, enquanto “situação” se relaciona com uma condição do meio. Em nossa reflexão, quando se diz que as “situações fáticas” devem ser consideradas como “intervenção restritiva” haveria desde logo uma impropriedade, justamente porque, como dissemos, uma “situação” não corresponde simetricamente a um “agir” (e uma “intervenção” é um agir). Tratar assim seria confundir dois planos distintos.

Qual seria então a maneira correta de se analisar a inclusão ou não das “situações fáticas” dentro do conceito de intervenção restritiva? A resposta para essa pergunta se estenderá até o final desse tópico, pois se relaciona com as respostas que se darão no que diz respeito aos dois últimos requisitos mencionados no conceito clássico: caráter final (intenção) e causa imediata. A partir da manutenção, relativização ou extirpação destes requisitos é que se poderá compreender como possível ou não uma dada situação fática ser revertida para o conceito de intervenção restritiva (destacando que será, de qualquer forma, “intervenção restritiva” aquele ato ou ação primeiro, que partiu da Administração). Em relação à intencionalidade (caráter final), como já foi visto, o conceito clássico exigiria que a Administração pretendesse ou procurasse a situação restritiva²⁵². Para nós, esse seria um requisito bastante relevante para se promover um controle de qualidade nas ingerências administrativas, iniciando-se pela consciente análise do órgão/agente público. Resultados imprevisíveis não podem exigir uma reflexão sobre a adequação, necessidade e proporcionalidade.

da Constituição”, 7ª edição (4ª reimpressão da edição de 2003), Coimbra : Almedina, p. 1258-1259).

²⁵¹ Ainda mais impertinente o requisito se considerarmos a abertura que se dá, de “atos jurídicos” passando a “atuações administrativas”, permitindo-se inclusive os atos materiais (que para consideráveis setores doutrinários sequer poderia assumir essa nomenclatura classificatória – “impositivo”).

²⁵² Afirmando que a finalidade era uma característica do conceito clássico, por todos, Bleckmann/Eckhoff (BLECKMANN, Albert / ECKHOFF, Rolf. “Der “mittelbare” Grundrechtsengriff”, in DVBL, 1988, p. 373 e ss *apud* Pedro Gonçalves. “Advertências da Administração Pública”, In “Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares”, Coimbra : Coimbra Editora, 2001, p. 766).

Porém, acreditamos que é possível ampliar um pouco esta concepção, para abarcar aqueles danos eventualmente imprevisíveis mas previsíveis. Isso contribuiria tanto para alargar a esfera de proteção e controle quanto para solicitar uma postura ainda mais responsável por parte da Administração. Deve, assim, a Administração avaliar não apenas o dano principal ao bem jusfundamental (aquele mais evidente), mas também os acessórios²⁵³ e consequentes possíveis previsíveis²⁵⁴. Estariam todos estes relacionados na ponderação (inclusive com sensata atribuição de valores em razão da maior ou menor possibilidade de vir a ocorrer o dano previsível), e portanto inclusos no conceito de intervenção restritiva (que, por outro lado, não admitiria os danos razoavelmente imprevisíveis à Administração).

Por fim, resta estudar a situação da intervenção restritiva como “causa imediata” da lesão. Através desta, a doutrina tradicional excluiria do conceito as hipóteses em que o nexo de causalidade fosse contaminado por uma interposição de terceiros ou condições do meio (qualquer interferência exterior à esfera da Administração). A condição de “imediação” exigiria uma relação jurídica bipolar.

A concepção moderna germânica, entretanto, vislumbrou a necessidade de cobrir sobre o manto da “intervenção restritiva” também situações onde o lesado é um terceiro, e não o destinatário do ato administrativo. De acordo com essa visão, a Administração poderia causar uma lesão ao atuar de maneira indutiva, permissiva ou impositiva em relação a sujeito diverso do lesado²⁵⁵.

²⁵³ Colocamos as figuras principal e acessória no conceito justamente para permitir a compreensão de que ficam cobertas pelo instituto aquelas intervenções restritivas a exercício ou bem de direito fundamental que não são propriamente a intenção primeira da Administração, mas acessórias necessárias. Para esclarecer, nos valemos de um exemplo: ao realizar uma coleta de material genético de um suspeito de crime, a finalidade da Administração pode ser a de analisar a culpa ou inocência do sujeito, e para isso aplica-lhe uma intervenção restritiva à sua inviolabilidade física, retirando-lhe o sangue, por exemplo. Porém, por condição óbvia, acessória e necessária teremos uma intervenção restritiva à liberdade de deslocamento do indivíduo enquanto o sangue é coletado.

²⁵⁴ As consequências possíveis previsíveis, diversamente do que ocorre com as “acessórias”, corresponderiam a danos eventuais (possíveis) e não necessários (que sempre se efetivariam). Poderíamos traçar um paralelo de semelhanças com o chamado “dolo eventual” do Direito penal.

²⁵⁵ Sobre essa relação triangular, conferir Beatrice Weber-Dürler (“Der Grundrechtseingriff”, in VVDStRL, n°57, 1998, p. 71 *apud* Pedro Gonçalves. “Advertências da Administração Pública”, In “Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares”, Coimbra : Coimbra Editora, 2001, p. 767).

A esse respeito consideramos que 1) se atuação administrativa é de natureza impositiva, o destinatário é “mero instrumento”²⁵⁶ para a lesão de terceiro, e portanto aquela atuação deve ser configurada como intervenção restritiva. Se 2) a situação for “indutiva”, deve ser analisado o grau da indução, para então se avaliar o campo de escolha do destinatário da atuação e sua corresponsabilidade com a Administração, que pode ser grande, pequena ou inexistente. Assim, a princípio não se exclui a possibilidade de considerar também as intervenções restritivas causadas de maneira mediata por indução de terceiro. Por outro lado, se estivermos frente a uma 3) realidade permissiva, poderão ocorrer duas situações: 3.1) a lesão causada por terceiro deveria ter sido coibida pelo Estado mas não o foi, sendo assim tacitamente/faticamente permitida; ou 3.2) se trata de uma permissão concedida pelo Estado para o exercício de determinada atividade, a qual pode lesar de alguma forma terceiros. Em se tratando da primeira (“3.1”), estaríamos diante de uma “omissão restritiva”, dentro da classificação por nós criada e apresentada anteriormente, excluindo-se portanto do núcleo da intervenção restritiva. Falando-se na segunda (“3.2”), poderíamos imaginar situações diversas, onde por vezes não poderia se rerefir a intervenção restritiva: 3.2.1) se no momento da autorização (ou qualquer ato ou ação que o valha) para determinado exercício o mesmo demonstrava-se lesivo para terceiros, trata-se de uma intervenção restritiva mediata; mas 3.2.2) se a situação lesiva decorreu de um desvirtuamento do exercício (onde podemos falar em falta de fiscalização ou outras medidas de polícia em face do ofensor), então novamente estaríamos frente uma “omissão restritiva”.

Em resumo, sobre a condição de imediação disposta no conceito clássico, consideramos que pode o mesmo ser relativizado (nas situações supra) com segurança (ainda observando-se as possibilidades de manter o nexo de causalidade, a responsabilidade e permitindo uma análise prévia possível por parte da Administração).

²⁵⁶ Nesta metáfora não querendo fazer qualquer alusão ao “mero objeto” em que se transformaria, lesando sua dignidade como pessoa humana. Não é disso que falamos, e sequer pensamos que disso se trataria.

Passando à conclusão deste tópico, resta-nos condensar as considerações supra num conceito para intervenção restritiva²⁵⁷, o qual poderia ser representado da seguinte forma: atuação administrativa (ato ou ação, jurídico ou material) que dificulta ações, afeta bens ou elimina posições jurídicas de direitos fundamentais (no aspecto de direitos a ações negativas), de forma consciente (buscando²⁵⁸, aceitando²⁵⁹ ou prevendo²⁶⁰ a ofensa), podendo se dar imediata ou mediata – por imposição (sempre), indução ou permissão (ambas em casos específicos), deixando de qualquer forma a norma em abstrato intocada. Ou, em termos mais simples e menos detalhados, atuação administrativa que dificulta ações, afeta bens ou elimina posições jurídicas de direitos fundamentais, de forma consciente, não alterando a norma em abstrato²⁶¹.

Já as omissões restritivas seriam conceituadas da seguinte maneira: omissão administrativa que dificulta ações, afeta bens ou elimina posições jurídicas de direitos fundamentais (no aspecto de direitos a ações positivas), de forma consciente (buscando, aceitando ou prevendo a ofensa), ao não ofertar prestações às quais a Administração está vinculada.

²⁵⁷ Para ilustrar, transcrevemos alguns exemplos de situações que em geral configuram intervenções restritivas: Utilização de escutas telefônicas autorizadas judicialmente, a revista pessoal, atos de censura, a entrada no domicílio pela autoridade administrativa, a recolha de material genético para fins de cadastro ou prova em processo criminal, a ordem de encerramento provisório de uma atividade comercial, a ordem policial de proibição de circulação rodoviária numa situação de tempestade, a dissolução de uma associação, o ato de expropriação, a recusa de uma autorização necessária ao exercício de um direito. Em uma manifestação popular, as ordens de interdição ou interrupção da manifestação, de alteração de trajeto, isolamento e afastamento de determinadas pessoas do grupo.

Ressaltamos que a realidade portuguesa, cada vez mais próxima de atos terroristas já frequentemente vivenciados em seu país vizinho, provoca uma reação por parte da Administração que tende a majorar as intervenções restritivas, em prol de um interesse coletivo de segurança. Neste sentido, o rol e intensidade das ingerências ablativas aumenta consideravelmente, devendo seu controle seguir a mesma sorte de majoração.

Interessante também, a título de exemplo, conferir as discussões que se travaram nos julgados BVERFGE 93, 1, (caso KRUIZIFIX) e BVERFGE 69, 315, (caso BROKDORF) do Tribunal Constitucional Alemão (SCHWABE, Jürgen (coletânea original) / MARTINS, Leonardo (organização da tradução e introdução). “Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão”, Montevideo : Fundación Konrad-Adenauer, p. 366 e ss e p. 523 e ss).

²⁵⁸ Ofensa principal.

²⁵⁹ Ofensa acessória.

²⁶⁰ Ofensa consequencial possível previsível.

²⁶¹ Num conceito leve não se justifica incorporar termos que remetam à generalidade (como “imediato e mediato”), não obstante numa conceituação detalhada seja importante em vista das diferentes perspectivas que podem ser colocadas em um dos aspectos (no mediato, nesse caso).

Aliás, é importante a ressalva final deste conceito das omissões restritivas praticadas pela Administração. É vital que tal conceito se refira apenas às situações onde havia uma expressa vinculação, um dever de agir. Isso porque se assim não fosse nomearíamos como omissões restritivas uma infinidade de situações, de impossível controle. Diz-se isso pois, de uma maneira ou de outra, em sentido amplo, o Estado encontra-se em constante omissão. Esta é a condição costumeira dos direitos positivos, que não se concretizam todos ao mesmo tempo, universalmente e ininterruptamente. Por esta razão que as omissões restritivas devem se referir apenas aos casos onde exista determinação em prol de uma atuação que ao final não ocorra, e por esta razão se veja afetado um direito fundamental.

4 - CONCLUSÃO

A realidade jurídica e social é composta por uma infinidade de colisões entre bens protegidos por direitos fundamentais, e entre estes e valores constitucionais. Nesta configuração, cabe ao Estado a função de mediar conflitos e realizar ponderações em busca da maior efetividade possível dos bens e valores constitucionalmente mais caros no Estado Democrático de Direito, em vista da Carta Constitucional portuguesa.

Os três Poderes do Estado possuem função ativa nessa medida, devendo suas atuações ocorrerem em harmonia. As intervenções e as omissões restritivas administrativas se traduzem como uma das medidas pertinentes a essa ingerência estatal (tendo como fonte uma norma e como controlador final o Judiciário).

Não desvalorizando a função legislativa, é certo que hoje a Administração pública demonstra-se como detentora de grande grau de legitimidade democrática (o que não ocorria no passado, quando se idealizou a separação de poderes). É a Administração quem detém maiores condições, em muitos dos casos, para efetivar a proteção e afetação necessária de posições de direitos fundamentais. A partir da

atuação no caso concreto, pode ela dar vida às restrições determinadas (ou determináveis) do bloco de legalidade.

Em face deste grandioso poder, surge a responsabilidade de atuar sem excessos (e sempre atuar quando adequado, necessário e proporcional), sujeitando-se à rígida sindiância do Judiciário. Atualmente, dito controle é feito pelos tribunais administrativos, mas, como sugerimos, seria mais adequado em um Estado de Direitos Fundamentais que o Tribunal Constitucional tutelasse essas afetações.

Nesta linha, a depuração do conceito de intervenções e omissões restritivas é essencial tanto para provocar uma legítima e saudável alteração no ordenamento jurídico constitucional, que possibilite uma espécie de “recurso de amparo”, quanto para conferir mais qualidade nos julgamentos dos tribunais administrativos.

A respeito da utilização do termo “intervenção restritiva” (e demais sugeridos pela doutrina) e sua adesão pelo Supremo Tribunal Administrativo e pelo Tribunal Constitucional, como pudemos conferir, é nula no primeiro e embrionária no segundo. Porém, essa ausência de trato na jurisprudência deve servir como estímulo para a doutrina desenvolver o tema, para que assim dele se sirvam os Tribunais.

No que toca às intervenções restritivas, em sede de conclusão, após o desenvolvimento que realizamos neste artigo, cremos haver comprovado a importância de se (re)definir o seu conceito, e esperamos que as dúvidas por nós suscitadas provoquem nos leitores mais valorosas soluções do que as por nós sugeridas, para que se construa passo a passo uma bem delineada estrutura para as intervenções restritivas.

Retomando-se as conclusões mais importantes (e pedindo vênias para reproduzir textos por nós escritos anteriormente), temos que:

O objeto de afetação das intervenções restritivas são as ações, posições jurídicas, propriedades e situações pertinentes a direitos fundamentais (em seu âmbito de direito a ação negativa), as quais podem ser resumidas sob a designação de “bens protegidos” dos direitos fundamentais. Não se trata, portanto, de afetação da

norma em abstrato, sendo esta sua principal diferença no que se refere às restrições (ações normativas).

É importante referir que qualquer bem jusfundamental só possui uma proteção *prima facie*, podendo ser ponderado nas situações concretas com outros bens e valores, levando inclusive à completa extinção (no caso concreto).

Com relação ao âmbito de proteção da norma, consideramos que seu estudo é essencial para se avaliar a intervenção restritiva (principalmente para afastar aquelas figuras que seriam “pseudo-restritivas”), auxiliando no processo de ponderação pela (i)legitimidade da mesma. De outro lado, apenas através da intervenção restritiva é que será possível chegar mais a fundo na compreensão do âmbito de garantia efetiva, que, em nossa opinião, será muito mais uma “constatação” após avaliar-se a ingerência ablativa (pretendida ou executada) do que propriamente um elemento pré-determinado e objetivo de segurança, um trunfo.

A respeito da configuração do conceito de intervenção restritiva na doutrina portuguesa, sugerimos uma reformulação, passando por uma divisão entre “intervenções restritivas” e “omissões restritivas”. Para as primeiras, buscamos um novo conceito, que ficasse num patamar intermediário entre a concepção clássica e a moderna mencionadas, para que não fosse tão limitada quanto aquela e nem tão irrestrita quanto a última. Cremos fundamental manter algumas características formais no ato ou ação em si para fins de conceituar a intervenção restritiva, não podendo mirar apenas para a ofensa ao bem ou posição de direito fundamental. Esses requisitos formais relacionados à atuação administrativa deverão ser aqueles pertinentes para possibilitar a objetiva exigência de uma atitude de Administração consciente e planejadora, preocupada com os direitos fundamentais.

A delimitação que propomos permite que o órgão ou agente da Administração, responsável pela intervenção, percorra, antes de concretizar o ato ou ação, todo o caminho que posteriormente o Judiciário percorrerá se provocado para o controle. Em vista das análises, sugerimos o seguinte conceito para intervenções restritivas praticadas pela Administração Pública: *atuação administrativa (ato ou ação,*

jurídico ou material) que dificulta ações, afeta bens ou elimina posições jurídicas de direitos fundamentais (no aspecto de direitos a ações negativas), de forma consciente (buscando, aceitando ou prevendo a ofensa), podendo se dar imediata ou mediatamente – por imposição (sempre), indução ou permissão (ambas em casos específicos), deixando de qualquer forma a norma em abstrato intocada. Ou, em termos mais simples e menos detalhados, atuação administrativa que dificulta ações, afeta bens ou elimina posições jurídicas de direitos fundamentais, de forma consciente, não alterando a norma em abstrato. Para omissões restritivas, sugerimos o seguinte conceito: omissão administrativa que dificulta ações, afeta bens ou elimina posições jurídicas de direitos fundamentais (no aspecto de direitos a ações positivas), de forma consciente (buscando, aceitando ou prevendo a ofensa), ao não ofertar prestações às quais a Administração estava vinculada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, José de Melo. “A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa”, Vol. II (A Construção Dogmática), Coimbra : Almedina, 2006.

ALEXANDRINO, José de Melo. “A greve dos juízes – Segundo a Constituição e a Dogmática Constitucional”, Separata dos Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento, Lisboa : Coimbra Editora, 2006.

ALEXANDRINO, José de Melo. “Direitos fundamentais: introdução geral”. Estoril : Principia, 2007.

ALEXY, Robert. “Theorie der Grundrechte”, Baden-Baden : Nomos, 1985 - Versão traduzida para o castelhano por Carlos Bernal Pulido. “Teoría de los Derechos Fundamentales”, 2ª edição, Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

AMARAL, Diogo Freitas do. “Curso de Direito Administrativo”, Vol. II, com colaboração de Lino Torgal, Coimbra : Almedina, 2001.

AMARAL, Diogo Freitas do / CAUPERS, João / CLARO, João Martins / RAPOSO, João / GARCIA, Maria da Glória Dias / VIEIRA, Pedro Siza / SILVA, Vasco Pereira da. “Código do Procedimento Administrativo. Anotado”, 3ª edição, Livraria Almedina : Coimbra, 1997.

AMARO, António Leitão. “A intervenção administrativa nos direitos fundamentais”, Relatório para o Curso de Mestrado e Doutoramento em Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2004.

ANDRADE, Vieira de. “A protecção dos direitos fundamentais dos particulares na justiça administrativa reformada” in Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 134, dez/2001, nº3929, p. 226-235.

ANDRADE, Vieira de. “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, 3ª edição (reimpressão da edição de 2004), Coimbra : Almedina, 2006.

ÁVILA, Humberto. “Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos”, 3ª edição, São Paulo : Malheiros, 2004.

AYALA, Bernardo Diniz de. “O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa – Considerações sobre a reserva de administração, as componentes, os limites e os vícios típicos da margem de livre decisão administrativa)”, Lisboa : LEX, 1995.

BARCELLOS, Ana Paula de. “Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático”, in Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008, p. 111-147.

BARROSO, Luís Roberto. “O controle de constitucionalidade no direito brasileiro : exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência”, São Paulo : Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. “Curso de Direito Constitucional”, 20ª edição, Saraiva: São Paulo, 1999.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “Escritos sobre derechos fundamentales”, tradução de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BONAVIDES, Paulo. “Curso de Direito Constitucional”, 20ª edição atualizada, São Paulo : Malheiros, 2007.

BOROWSKI, Martin. “La estructura de los derechos fundamentales”, tradução de Carlos Bernal Pulido, Colômbia : Universidad Externado de Colombia, 2003.

BOTELHO, José Manuel Santos / ESTEVES, Américo Pires / PINHO, José Cândido de. “Código de Procedimento Administrativo – Anotado e Comentado”, 5ª edição, actualizada e aumentada, Coimbra : Almedina, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. “Direitos Fundamentais e Direito Privado”, tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Coimbra : Almedina, 2006 (reimpressão da edição de 2003).

CANAS, Vitalino. “Princípio da proibição do excesso e a polícia : conferência de encerramento”, Separata do I Colóquio de Segurança Interna, Lisboa : Almedina, 2004, p. 187-211.

CANOTILHO, Gomes. “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7ª edição (4ª reimpressão da edição de 2003), Coimbra : Almedina.

CANOTILHO, Gomes. “Métodos de protecção de direitos, liberdades e garantias”, *in* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume Comemorativo, Coimbra : Coimbra Editora, 2003, pp. 793-814.

CANOTILHO, Gomes. “Dogmática de Direitos Fundamentais e Direito Privado”, *in* Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Vol. V, Direito Público e Vária, organizados por António Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão e Januário da Costa Gomes, Coimbra : Almedina, 2003, p. 63-83.

CANOTILHO, Gomes. “Estudos sobre Direitos Fundamentais”, Coimbra : Coimbra Editora, 2004.

CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital. “Constituição da República Portuguesa Anotada”, Volume I, 4ª edição revista, Coimbra : Coimbra Editora, 2007.

CAPACCIOLI, Enzo. “Manuale di Diritto Amministrativo”, Vol. I, Pádua : CEDAM, 1980.

CORREIA, Sérvulo. “O Direito de Manifestação – âmbito de protecção e restrições”, Coimbra : Almedina, 2006.

CORREIA, Sérvulo. “Polícia”, *in* Dicionário Jurídico da Administração Pública, Volume VI, dirigido por Henrique Martins Gomes e José Pedro Fernandes, Lisboa, 1994.

DIAS, Eduardo Rocha. “Fundamento Constitucional das Advertências Administrativas Relativas ao Tabaco e das Restrições à Publicidade de Cigarros”, Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. XLVI nº2, Coimbra : Coimbra Editora, 2005.

DWORKIN, Ronald. “Los derechos en sério”, Tradução de Marta Guastavino, Barcelona : Ariel, 1984

DWORKIN, Ronald. “El império de la justicia : de la teoría del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica”, tradução de Claudia Ferrari, Barcelona : Gedisa, 1988.

DWORKIN, Ronald. “Uma questão de princípio”, tradução de Luís Carlos Borges. - São Paulo : Martins Fontes, 2000.

ENGISCH, Karl. “Einführung in Das Juristische Denken”, Stuttgart, 1983 - versão traduzida para o português por Baptista Machado. “Introdução ao pensamento jurídico”, 10ª edição, Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

ENTERRÍA, Eduardo García de / FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. “Curso de Derecho Administrativo”, Vol. II, Madrid : Civitas Ediciones, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “Direitos Humanos Fundamentais”, 3ª edição, revista, São Paulo : Saraiva, 1999.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. “Direitos Fundamentais – limites e restrições”, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2007.

GONÇALVES, Pedro. “Advertências da Administração Pública”, *In* “Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares”, Coimbra : Coimbra Editora, 2001, p. 723-796.

GRAU, Eros Roberto, “Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito”, 2ª edição., São Paulo : Saraiva, 2003.

HESSE, Konrad. “A Força Normativa da Constituição”, tradução de Gilmar Mendes, Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. "Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland", 20ª edição, Heidelberg, 1995. Versão traduzida para o português por Luís Afonso Heck. "Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha", Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

KELSEN, Hans. "Teoria Pura do Direito", 7ª edição da versão portuguesa, tradução de João Baptista Machado, Coimbra : Almedina, 2008.

LUÑO, Antonio Perez. "Los derechos fundamentales", 8ª edição, Madrid : Tecnos, 2003.

MARTINS, Maria D'Oliveira. "Contributo para a compreensão da figura das Garantias Institucionais", Coimbra : Almedina, 2007.

MATOS, André Salgado de. "A fiscalização administrativa da constitucionalidade - contributo para o estudo das relações entre constituição, lei e administração pública no estado social de direito", Livraria Almedina, Coimbra, 2004.

MEDEIROS, Rui. "A força expansiva do conceito de norma no sistema português de fiscalização concentrada da constitucionalidade", in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando M. Marques Guedes (coord. MIRANDA, Jorge), Coimbra : Coimbra Editora, 2004, p. 183-202.

MEDEIROS, Rui, "A decisão de inconstitucionalidade - os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei", Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. "Curso de Direito Administrativo". 21ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. "Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional", 3ª edição, revista e ampliada, São Paulo : Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. "Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais", Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MIRANDA, Jorge. "Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais", 3ª edição, Coimbra : Coimbra Editora, 2000.

MIRANDA, Jorge. “Os direitos fundamentais e o terrorismo : os fins nunca justificam os meios, nem para um lado, nem para o outro”, *Separata da Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, nº75, janeiro/fevereiro, São Paulo : Thomson - IOB, 2006, p. 89-104.

MIRANDA, Jorge. “Escritos vários sobre Direitos Fundamentais”, Estoril, Principia, 2006.

MORAIS, Carlos Blanco de. “Justiça Constitucional, Volume II, Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade”, Coimbra : Coimbra Editora, 2005.

MORAIS, Carlos Blanco de. “Direito Constitucional II – Sumários desenvolvidos”, Lisboa : AAFDL, 2004.

MORAIS, Carlos Blanco de. “Fiscalização da Constitucionalidade e Garantia dos Direitos Fundamentais: Apontamentos sobre os passos de uma evolução subjectivista”, *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles* (coord. CORDEIRO, António Menezes / LEITÃO, Luís Menezes / GOMES, Januário da Costa), Coimbra : Livraria Almedina, 2003, p. 85-111.

NABAIS, José Casalta. “Os Direitos Fundamentais na jurisprudência do Tribunal Constitucional”, *in “Por uma liberdade com responsabilidade – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais”*, Coimbra : Coimbra Editora, 2007, p. 9-60.

NABAIS, José Casalta. “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa”, *in “Por uma liberdade com responsabilidade – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais”*, Coimbra : Coimbra Editora, 2007, p. 61-85.

NABAIS, José Casalta. “Algumas reflexões críticas sobre os Direitos Fundamentais”, *in “Por uma liberdade com responsabilidade – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais”*, Coimbra : Coimbra Editora, 2007, p. 87-129.

NABAIS, José Casalta. “A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos”, *in “Por uma liberdade com responsabilidade – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais”*, Coimbra : Coimbra Editora, 2007, p. 163-196.

NABAIS, José Casalta. “Dos Deveres Fundamentais”, *in “Por uma liberdade com responsabilidade – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais”*, Coimbra : Coimbra Editora, 2007, p. 197-386.

NOVAIS, Jorge Reis. “As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição”, Coimbra : Coimbra Editora, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. “Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa”, Coimbra : Coimbra Editora, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. “Direitos como trunfos contra a maioria – sentido e alcance da vocação contramaioritária dos Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático”, *in* “Direitos Fundamentais – Trunfos contra a maioria”, Coimbra : Coimbra Editora, 2006, p. 17-67.

NOVAIS, Jorge Reis. “Os Direitos Fundamentais nas relações jurídicas entre particulares”, *in* “Direitos Fundamentais – Trunfos contra a maioria”, Coimbra : Coimbra Editora, 2006, p. 69-116.

NOVAIS, Jorge Reis. “Em defesa do Recurso de Amparo Constitucional (ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade)”, *in* “Direitos Fundamentais – Trunfos contra a maioria”, Coimbra : Coimbra Editora, 2006, p. 155-187.

NOVAIS, Jorge Reis. “Renúncia a Direitos Fundamentais”, *in* “Direitos Fundamentais – Trunfos contra a maioria”, Coimbra : Coimbra Editora, 2006, p. 211-282.

OLIVEIRA, Mário Esteves de / GONÇALVES, Pedro Costa / AMORIN, João Pacheco de. “Código do procedimento administrativo comentado”, 2ª edição, Coimbra : Almedina, 1997.

OTERO, Paulo. O Poder de Substituição em Direito Administrativo – enquadramento dogmático-constitucional. Vol. II, Lisboa : LEX, 1995.

OTERO, Paulo. “Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade”, Reimpressão da edição de Maio/2003, Coimbra : Almedina, 2007.

OTERO, Paulo. “Instituições políticas e constitucionais”. Volume I, Coimbra : Almedina, 2007.

PARADA, Ramón. “Derecho Administrativo, I, Parte General”, 15ª edição, Madrid-Barcelona : Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004.

PINHEIRO, Alexandre Sousa. “Restrições aos Direitos, Liberdades e Garantias – compressão do conteúdo dos direitos fundamentais”, *in* Dicionário Jurídico da Administração Pública.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. “Direito Processual Penal – Curso semestral, fascículos policopiados”, Lisboa : AAFDL, 1998.

QUEIROZ, Cristina. “Direitos Fundamentais – Teoria Geral”, Coimbra : Coimbra Editora, 2002.

RAMOS, Silveira. “Dicionário jurídico alemão-português : direito, economia, fisco, alfândegas, comércio, seguros, finanças, bolsa, abreviaturas, siglas”, Coimbra : Almedina, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. “A Eficácia dos Direitos Fundamentais”, 8ª edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2007.

SCHIER, Paulo Ricardo. “Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais”, *in* Interesses Públicos versus Interesses Privados – desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público (organizado por Daniel Sarmento), 2ª tiragem, Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007, pp. 217-246.

SCHIER, Paulo Ricardo. “Filtragem Constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica”. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

SCHWABE, Jürgen (coletânea original) / MARTINS, Leonardo (organização da tradução e introdução). “Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão”, Montevideo : Fundación Konrad-Adenauer.

SILVA, Reinaldo Pereira e. “A Teoria dos Direitos Fundamentais e o ambiente natural como prerrogativa humana individual”, *in* Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano, Volume 13, nº2, Montevideo : Fundação Konrad Adenauer, 2007, p. 545-569.

SILVA, Virgílio Afonso da. “Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, *in* Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, nº1, São Paulo : Del Rey, 2003, p. 607-630.

SOARES, Guilherme. “Restrições aos Direitos Fundamentais: A ponderação é indispensável?”, *in* Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Joaquim Moreira

da Silva Cunha (coord. MIRANDA, Jorge), Coimbra : Coimbra Editora, 2005, p. 329-366.

SOARES, Rogério Ehrhardt. "Administração Pública e Controlo Judicial", *in* Revista de Legislação e de Jurisprudência, 127º Ano, 1994-1995, Coimbra : Coimbra Editora.

SOUSA, António Francisco de. "Polícia Administrativa: autoridades, órgão e competências", *in* Polis: Revista de estudos Jurídico-Políticos, nº9-12, Lisboa : Universidade Lusíada Editora, 2003, pp. 61-112.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. "Lições de Direito Administrativo, Volume I", Lisboa : LEX, 1999.

SOUSA, Marcelo Rebelo de / MATOS, André Salgado de. "Direito Administrativo Geral - Introdução e princípios fundamentais, Volume I", 2ª edição, Lisboa : Dom Quixote, 2006.

SOUSA, Marcelo Rebelo de / MATOS, André Salgado de. "Direito Administrativo Geral - Actividade administrativa, Volume III", Lisboa : Dom Quixote, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. "Concretização de Direitos e Interpretação da Constituição", *in* Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Vol. LXXXI, Coimbra : Coimbra Editora, 2005, p. 291-323.

WOLFF, Hans J. / BACHOF, Otto / STOBBER, Rolf, "Verwaltungsrecht", Volume I, 11ª edição, revista, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1999 - versão traduzida para o português por António Francisco de Sousa, "Direito Administrativo", Volume I, Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

**Do Direito Administrativo Nacional ao
Direito Administrativo sem Fronteiras
(Breve Nota Histórica)**²⁶²

Vasco Pereira da Silva²⁶³

O Direito Administrativo é, na sua origem, de carácter nacional. Na verdade, um dos elementos caracterizadores típicos da “Administração agressiva” (BACHOF) do Estado liberal, nos tempos da “infância difícil” do Direito Administrativo, era o da sua ligação ao Estado-nação. Conforme escreve CASSESE, «os direitos administrativos são historicamente filhos dos Estados nacionais. As Administrações públicas pertencem a uma comunidade estadual, dependem estruturalmente dos governos nacionais e são reguladas por lei, à qual estão submetidas, por causa do princípio da legalidade. Os direitos administrativos são, por isso, direitos essencialmente estatais»²⁶⁴.

Tal não significava, porém, o total alheamento da doutrina administrativa clássica relativamente ao que se passava em outros Estados. Veja-se o caso de um dos “pais-fundadores” do Direito Administrativo, OTTO MAYER, cujas obras emblemáticas versam tanto sobre o direito administrativo francês como sobre o alemão – respectivamente, «Theorie des Französischen Verwaltungsrecht», «Deutsches Verwaltungsrecht».²⁶⁵ Mais, OTTO MAYER começa por estudar o Direito Administrativo francês e, só depois, se considera estar em condições de “construir” o Direito Administrativo alemão.

²⁶² O presente artigo constitui parte de um trabalho, “de maior fôlego”, sobre o Direito Administrativo global, que está em vias de preparação.

²⁶³ Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

²⁶⁴ CASSESE, «Gamberetti...», p. 72.

²⁶⁵ OTTO MAYER, «Theorie des Französischen Verwaltungsrecht», «Deutsches Verwaltungsrecht», 1.º volume, Von Duncker & Humblot, 6ª. edição (reimpressão da 3.ª edição, de 1924), Berlin, 1969

Esta relação entre as duas obras – e o consequente relacionamento entre os direitos administrativos francês e alemão – é marcada por uma lógica de “dependência” da segunda relativamente à primeira, tal como é, de resto, explicado por OTTO MAYER, no prefácio à 1.^a edição. Conforme escreve OTTO MAYER, «ali [em França]- havia um novo direito perfeito, tal como resultou da fornalha da Revolução (...), aqui [na Alemanha] uma transição gradual e sempre impregnada de restos do direito antigo que permanecem»; «lá, por causa destas condições, uma doutrina acabada com uma espantosa uniformidade entre os autores»²⁶⁶. Acrescentando ainda que, em França, «todos os conceitos eram recebidos já prontos, eu só tinha que lhes dar uma outra expressão e ordenação. Quem pode afirmar que a nossa ciência do direito alemão já tinha chegado a um resultado semelhante ou apenas aproximado?»²⁶⁷.

De resto, a elaboração do “Direito Administrativo Alemão” é mesmo assumida por OTTO MAYER como sendo uma tentativa para reagir contra este estado de coisas. O objectivo confessado é o de partir do direito administrativo francês para construir o alemão, o que implica, já então, uma certa visão comparatista ou “global”²⁶⁸. Assim, depois de se interrogar, outra vez, se não seria «mais correcto tratar do todo, a fim de, a partir dele, construir unitariamente pontos de vista globais»²⁶⁹, acaba por concluir que já é tempo de “arriscar” a “construção” do Direito administrativo alemão. E remata dizendo que, «então, disse para mim mesmo: “seja o que Deus quiser” e fiz o meu melhor»²⁷⁰.

Outro “pai-fundador” do Direito Administrativo, EUGÈNE LAFERRIÈRE, no seu «Traité de de la Juridiction Administrative et des Recours Contentieux», revela também uma perspectiva global²⁷¹. Na verdade, a primeira parte deste seu livro («Livro preliminar») intitula-se «Noções Gerais e Legislação Comparada», a qual se divide em dois capítulos, o primeiro sobre «Noções gerais», o segundo sobre

²⁶⁶ OTTO MAYER, «Deutsches V.», 1.^o vol., cit., «Prefácio», p. V.

²⁶⁷ OTTO MAYER, «Deutsches V.», 1.^o vol., cit., «Prefácio», p. V.

²⁶⁸ Diga-se, de passagem que a própria expressão “global” chega mesmo a ser “antecipada” por OTTO MAYER, que a utiliza nestas suas reflexões (OTTO MAYER, «Deutsches V.», 1.^o vol., cit., «Prefácio», p. V).

²⁶⁹ OTTO MAYER, «Deutsches V.», 1.^o vol., cit., «Prefácio», p. V.

²⁷⁰ OTTO MAYER, «Deutsches V.», 1.^o vol., cit., «Prefácio», p. V.

²⁷¹ EUGÈNE LAFERRIÈRE, «Traité de de la Juridiction Administrative et des Recours Contentieux», tomos I e II, L.G.D.J., Paris, 1989 (reimpressão da edição de 1887, Berger-Levrault, Paris).

«Legislação Comparada» (que vai da página 26 até à 106)²⁷². E o estudo da legislação comparada é tão variado, que abrange: «I - Espanha», «II - Alemanha. Legislação Federal», «III - Prússia», «IV- Outros Etados da Alemanha (Baviera, Wutemberg, Bade, Saxe-Royal)», «V- Áustria-Hungria», «VI - Suíça», «VII - Bélgica», «VIII - Itália», «IX - Inglaterra», «X- Estados Unidos da América».

Igualmente “cosmopolita” é ROGER BONNARD, que denomina mesmo a sua obra sobre o processo administrativo de «estudo de direito administrativo comparado» («Le Contrôle Juridictionnel de l' Administration – Étude de Droit Administratif Comparé»²⁷³). Nessa obra, pode-se encontrar uma II Parte, intitulada «Os Órgãos de Controlo Jurisdicional da Administração nas Legislações Administrativas»²⁷⁴, onde se compara o controlo da Administração na «Inglaterra e Estados Unidos» (Secção I), em «França» (Secção II), na «Jugoslávia» (Secção III), na «Bélgica» (Secção IV), em «Itália» (Secção V), na «Grécia» (Secção VI), na «Roménia» (Secção VII), na «Alemanha» (Secção VIII), na «Suíça» (Secção IX), na «Áustria» (Secção X), na «Polónia e Checoslováquia» (Secção XI).

Nos antípodas desta visão “aberta ao mundo”, revelada pelos autores clássicos, encontra-se, no entanto, MAURICE HAURIOU. No seu famoso «Précis de Droit Administratif e de Droit Public»²⁷⁵ não se leva a cabo qualquer estudo de direito comparado, reservando-se apenas duas escassas páginas do respectivo capítulo introdutório a afirmar a superioridade do “sistema francês”, quando comparado com o sistema inglês. Posição esta de alguma “xenofobia jurídica”, bem patente na própria “arrumação” da matéria escolhida, em que a afirmação da “superioridade moral” francesa surge no «Título Preliminar - Definições», que abrange um «Capítulo II, «O Direito Administrativo», cuja Secção III, «Valor e Prática do Direito Administrativo Francês», apresenta um parágrafo 1º., «Características Específicas do Direito Administrativo Francês»²⁷⁶, e um parágrafo

²⁷²

²⁷³ ROGER BONNARD, «Le Contrôle Juridictionnel de l' Administration – Étude de Droit Administratif Comparé», (reimpressão da edição de 1934, Éd.Delagrave), Dalloz, Paris, 2006.

²⁷⁴ ROGER BONNARD, «Le Contrôle J. de l'A. – É. de D. A. C.», cit., páginas 125 e seguintes (até ao final do livro, p. 261).

²⁷⁵ MAURICE HAURIOU, «Précis de Droit Administratif et de Droit Public» (reimpressão da 12.ª edição, Sirey, Paris), Dalloz, Paris, 2002.

²⁷⁶ MAURICE HAURIOU, «Précis de D. A. et de D. P.», cit., pp. .

2.º, «Valor Prático do Direito Administrativo Francês», onde se exprime então essa visão²⁷⁷.

Refira-se, no entanto, que esta abertura ao direito estrangeiro expressa nos autores clássicos (com excepção de HAURIOU), por um lado, corresponde a uma tentativa de afirmação de um direito administrativo nacional, que se manifesta num “momento originário”, mas que depois não se reflecte no “dia a dia” do Direito Administrativo. Por outro lado, o tratamento do direito estrangeiro é visto como uma espécie de “flor de espírito” da doutrina, à semelhança das “prendas” individuais (assim como “tocar piano e falar francês”), correspondente mais a uma atitude de “diletância intelectual” do que de uma realidade operativa.

A situação actual do Direito Administrativo corresponde a uma mudança de paradigma, uma vez que se assiste não apenas ao conhecimento e à utilização comparatista de sistemas jurídicos estrangeiros, como se verifica também a internacionalização do próprio Direito Administrativo. A globalização económica, em que vivemos, trouxe também a globalização jurídica, dando origem ao fenómeno novo do “Direito Administrativo sem Fronteiras”.

Assiste-se, então, a uma perda da dimensão estadual do Direito Administrativo. O que resulta do «desaparecimento da ligação necessária do Direito Administrativo ao Estado, tão característica dos primórdios do nosso ramo de direito, não só do ponto de vista interno como, agora também, do europeu e mesmo do internacional²⁷⁸. Pois, do ponto de vista interno, para além da actividade administrativa já, de há muito, ter deixado de ser meramente estadual, passando a ser realizada por uma multiplicidade de entidades, de natureza pública e privada (ao ponto de se poder dizer, como NIGRO²⁷⁹, que em vez de “Administração” se

²⁷⁷ MAURICE HAURIOU, «Précis de D. A. et de D. P.», cit., pp. 36 e 37.

²⁷⁸ Neste sentido, vide entre outros SABINO CASSESE, «Diritto Amministrativo Comunitario e Diritti Amministrativi Nazionali», in CHITI / GRECO (coordenação) «Trattato di Diritto Amministrativo Europeo», Giuffrè, Milano, 1997, páginas 3 e seguintes; «Le Basi Costituzionali», in SABINO CASSESE, «Trattato di Diritto Amministrativo – Diritto Amministrativo Generale», vol. I, Giuffrè, Milano, 2000, páginas 159 e seguintes; «Trattato di Diritto Amministrativo – Diritto Amministrativo Generale», volumes I e II, Giuffrè, Milano, 2000; MARIO CHITI, «Diritto Amministrativo Europeo», Giuffrè, Milano, 1999; «Monismo o Dualismo in Diritto Amministrativo: Vero o Falso Dilemma?», in «Rivista Trimestrale di Diritto Amministrativo», n.º 2, 2000, páginas 301 e seguintes; MARIO CHITI / GUIDO GRECO, «Trattato di Diritto Amministrativo Europeo», Giuffrè, Milano, 1997.

²⁷⁹ MARIO NIGRO, «Trasformazioni dell' Amministrazioni e Tutela Giurisdizionale Diferenziata», in «Rivista di Diritto e Procedura Civile», Março de 1980, n.º 1, página 22.

deve passar a usar a expressão “administrações”, utilizando o plural), assiste-se também agora, do ponto de vista externo, ao surgimento de uma dimensão internacional de realização da função administrativa (nomeadamente, no âmbito de organizações internacionais), que leva a falar num Direito Administrativo Global, assente na ideia de “governança” (“governance”²⁸⁰)).²⁸¹

As três principais vertentes da “internacionalização” do Direito Administrativo são (em sentido crescente): o Direito Administrativo Comparado, o Direito Administrativo Global, o Direito Administrativo Europeu. Vertentes estas cujo nível de acentuação e de desenvolvimento difere de país para país, de acordo com especificidades próprias. Sirva de exemplo, a simples constatação de que a dimensão comparatista é mais acentuada em França, enquanto que a vertente global é mais forte no Reino Unido e nos E.U.A., ao passo que a vertente europeia é mais notória na Alemanha e em Itália.

[voltar ao índice ▲](#)

[início do texto ▲](#)

²⁸⁰ DOUGLAS LEWIS, «Law and Governance», Cavendish, London / Sydney, 2001; ARNIM VON BOGDANDY «Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts – eine Bestandsaufnahme», in «Zeitschrift für Ausländisches öffentliches Rechts und Völkerrecht», n.º 853, 2002 páginas 63 e seguintes, SABINO CASSESE, «Global Standards for National Administrative Procedure», 2005 <http://law.duke.edu/journals/lcp> .

²⁸¹ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Viagem pela Europa do Direito Administrativo», in «Cadernos de Justiça Administrativa», n.º 58, Julho / Agosto 2006, páginas 60 e seguintes.

ENSAIO SOBRE A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO CONTEXTO BRASILEIRO

- complexidade do processo

Paulo Ricardo Schier*

I. O contexto global da constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil

A promulgação da Constituição Federal de 1988 possibilitou a instauração de um novo momento político e jurídico no Brasil. Conhecida como “Constituição Cidadã”, a lei fundamental em vigor consagrou a democracia, retomou o Estado de Direito, afirmou uma série de princípios fundamentais pautados na tutela da dignidade humana, do pluralismo político, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Consagrou, ainda, extenso rol de direitos fundamentais. Inovou, neste campo, ao incluir um significativo número de direitos sociais vinculados à ordem econômica, ao trabalho, cultura etc. Ao mesmo tempo em que garantiu direitos que já haviam sido incorporados ao patrimônio histórico e jurídico da comunidade brasileira, apresentou algumas respostas para problemas do passado (como o repúdio à tortura, à censura, ao tratamento desumano ou cruel) e projetos para o futuro (erradicação da pobreza; construção de uma sociedade livre, justa e solidária; busca do pleno emprego e outras propostas típicas de um constitucionalismo dirigente). Ou seja, é possível afirmar que a Constituição do Brasil é uma resposta ao passado, uma garantia do presente

* Doutor em Direito Constitucional pela UFPR. Professor de Direito Constitucional, em nível de graduação, especialização e mestrado, da Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil. Pesquisador vinculado ao NUPECONST – Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional (CNPq) e à Linha de Pesquisa “Constituição e Condições Materiais da Democracia”. Trabalho vinculado ao Projeto de Pesquisa “Constitucionalização do Direito”. Professor do Instituto de Pós-Graduação em Direito Romeu Felipe Bacellar e da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Membro Honorário da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/Pr. Advogado militante. E-mail: pauloschier@uol.com.br.

e uma proposta para o futuro²⁸². Trata-se de texto que, em seu conjunto, afirma o Estado Social. É um documento analítico não por acidente ou preciosismo, mas por reflexo de seu caráter compromissório e plural. É uma Constituição, em suma, que transcende o sentido liberal do constitucionalismo, na medida em que não se limita a definir as formas de fundamentação, legitimação e limitação do poder e os aspectos procedimentais de produção do Direito e tomada de decisões (ao lado de alguns poucos direitos de cunho negativo). Esta transcendência se expressa pela afirmação de uma extensa pauta de princípios e direitos prestacionais que substanciam verdadeiros valores da comunidade, ou uma reserva de Justiça, caracterizando a República brasileira como um Estado de Direito em sentido material e possibilitando a emergência de um Estado Constitucional.

Este novo quadro foi muito significativo por diversos motivos. Cumpre, todavia, destacar que o mais relevante, certamente, foi o rompimento com os regimes político e jurídico autoritários que o Brasil atravessou nos 24 (vinte e quatro) anos que antecederam a promulgação da Carta de 1988. Com efeito, desde o golpe militar de 1964, a sociedade brasileira conviveu com um regime autoritário, em busca de legitimação e fundado, juridicamente, a partir de duas ordens paralelas: a ordem legal tradicional e a ordem legal da segurança nacional²⁸³. A primeira, de caráter constitucional, era integrada por toda a legislação liberal anterior a 64; a segunda, institucional, compunha-se da legislação de segurança nacional, que restringia os direitos e garantias individuais. A teoria jurídica no Brasil, durante este período, era vocacionada²⁸⁴, com base em um discurso liberal-individualista, à legitimação dos interesses do regime militar, voltado à implementação de um capitalismo desenvolvimentista²⁸⁵. A ordem jurídica e seu discurso, neste contexto, bem cumpriam seus papéis de legitimação

²⁸² A expressão é de Clèmerson Merlin Clève (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Direito constitucional e direito alternativo (por uma dogmática constitucional emancipatória)*. In: *Direito Alternativo: seminário nacional sobre o uso alternativo do direito*, evento comemorativo do sesquicentenário do Instituto dos Advogados Brasileiros. Rio de Janeiro: COAD, 1994).

²⁸³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito em relação*. Curitiba: Gráfica Veja, 1983, p. 52.

²⁸⁴ Embora tenham existido discursos e teorias de resistência ao regime militar.

²⁸⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito em relação*, p. 46-9.

do estado autoritário. Tratava-se de um sistema ilegítimo e de uma Constituição semântica²⁸⁶.

Compreende-se, assim, o significado simbólico atribuído à Constituição de 1988. Todavia, logo após a sua promulgação, a afirmação da força normativa integral da Constituição não foi tarefa fácil, pois a comunidade brasileira presenciou uma situação paradoxal²⁸⁷. Viveu-se, naquele momento, um sentimento simultâneo de euforia e desconfiança. Euforia tributária das possibilidades e potencialidades trazidas pela nova Lei Fundamental. Mas desconfiança também, fosse por decorrência do papel que o constitucionalismo brasileiro desempenhou no regime militar, fosse pela descrença de que haveria condições (políticas, econômicas, ideológicas etc.) para a plena realização da Constituição²⁸⁸, fosse pela ausência de uma teoria constitucional capaz de dar conta de sua efetivação²⁸⁹ ou por decorrência de algumas críticas que o novo texto constitucional vinha recebendo de determinados setores conservadores da sociedade e dos próprios operadores do Direito. Não foram poucos os discursos de deslegitimação da nova ordem constitucional.

Foi necessário, para atravessar este período e alcançar uma visão mais adequada do constitucionalismo, um grande esforço. E, neste sentido, a comunidade acadêmica desempenhou relevante papel, desenvolvendo uma espécie de “nova pedagogia constitucional”, num primeiro instante, bradando o discurso da força normativa da Constituição²⁹⁰ e deixando o texto constitucional protegido contra

²⁸⁶ SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1999, p. 29-30.

²⁸⁷ SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (COORDS.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 252-2.

²⁸⁸ Naquele momento, fala-se da existência de muitos direitos e poucos recursos, de medo de socialização por causa da função social da propriedade, da participação dos trabalhadores nos lucros das empresas, da falta de identidade ideológica típica de constituições compromissórias etc.

²⁸⁹ Em face da compreensível precariedade da teoria constitucional brasileira naquele momento, como se demonstrará adiante.

²⁹⁰ Importante ressaltar, neste aspecto, a importância e o impacto que a tradução do trabalho de Konrad Hesse (*A força normativa da constituição*), realizada por Gilmar Ferreira Mendes, causou no Brasil. Na mesma linha, diversos trabalhos de Luis Roberto Barroso e Clèmerson Merlin Cleve foram fundamentais para o desenvolvimento de teoria constitucional da efetividade.

certos ataques infundados. Foi preciso convencer a sociedade como um todo e o ambiente acadêmico que (i) a Constituição não era apenas um conjunto de princípios e direitos desprovidos de eficácia, totalmente à disposição da boa vontade do legislador ordinário, (ii) que ela possuía uma normatividade própria, superior e vinculante, mesmo em relação aos princípios e normas programáticas, (iii) que o Poder Judiciário poderia ter acesso a esta normatividade constitucional através da lei ou, de forma direta, sem ou contra a lei, (iv) que as normas constitucionais (mesmo aquelas demandantes de lei ou políticas públicas) possuíam ao menos uma eficácia jurídica mínima, (v) que toda interpretação e aplicação do Direito deveria ser constitucional, (vi) demonstrar que a compromissoriedade e pluralismo axiológico não eram defeitos e fruto de assistemática do texto (mas reflexo de uma decisão por certa concepção de democracia), (vii) que o texto analítico não era desnecessário (mas, antes, produto cultural e consequência da compromissoriedade). Era o momento do “Direito Constitucional da Efetividade”.

Neste quadro que se desenvolveu, por exemplo, a idéia de filtragem constitucional²⁹¹, que tomava como eixo a defesa da força normativa da Constituição, a necessidade de uma dogmática constitucional principialista, a defesa da legitimidade e vinculatividade dos princípios, o desenvolvimento de novos mecanismos de concretização constitucional, o compromisso ético dos operadores do Direito com a Lei Fundamental e a dimensão ética e antropológica da própria Constituição, a constitucionalização do direito infraconstitucional, bem como o caráter emancipatório e transformador do Direito como um todo. A noção de filtragem constitucional propunha que todo o direito infraconstitucional fosse compreendido através do filtro normativo e axiológico da nova Constituição brasileira. Esta fase, embora tenha lançado os pressupostos de um novo constitucionalismo, haveria logo de ser, em parte, superada.

²⁹¹ As idéias referidas sobre a categoria “filtragem constitucional” foram extraídas de: Paulo Ricardo Schier. **Filtragem constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica**, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1999, 160 p..

Com efeito, não demorou para que se desse conta de que o discurso da efetividade e força normativa, conquanto importante, não era suficiente. Foi ainda necessário, num segundo momento de desenvolvimento do constitucionalismo brasileiro pós-88, tendo o “discurso da efetividade” se tornado consensual, tentar criar instrumentos dogmáticos que permitissem tecnicamente uma adequada realização da Constituição²⁹². A nova Constituição demandava categorias mais sofisticadas para lidar com o conjunto de princípios e direitos fundamentais. Assim, todos os debates sobre colisão de direitos fundamentais, ponderação, princípio da proporcionalidade, núcleo essencial dos direitos fundamentais, complexidade estrutural desses direitos, cláusula de proibição de retrocesso social, as formas de relação entre direitos e princípios fundamentais com a lei, limites e restrições dos direitos fundamentais, eficácia horizontal dos direitos fundamentais, modulação de efeitos do controle de constitucionalidade, interpretação conforme a Constituição, cláusula de abertura dos direitos fundamentais para os tratados internacionais etc., que já não eram mais novidade na Europa, chegam ao Brasil com justificado atraso. Esses debates não teriam sentido num contexto de constituição semântica e somente poderiam ganhar território após o convencimento sobre a força normativa de uma Constituição que possuía um texto que ultrapassava os limites do constitucionalismo liberal com o qual se estava culturalmente acostumado. Em outros termos, o constitucionalismo brasileiro não possuía tradição no enfrentamento de questões e nem categorias para dar conta de uma constituição material, plural, compromissória e emancipatória, dotada de forte caráter dirigente.

²⁹² Nesta linha, além da produção teórica de Paulo Bonavides, Luis Roberto Barroso, Clèmerson Merlin Cleve e Lênio Luiz Streck (todos com iguais preocupações, mas seguindo linhas diversas), cabe especial destaque ao papel desempenhado por Ingo Wolfgang Sarlet. Com efeito, coube a este professor do Rio Grande do Sul, quiçá, a produção de um dos primeiros trabalhos de fôlego que introduziu, no Brasil, categorias que possibilitaram a afirmação de uma dogmática constitucional mais elaborada e adequada ao momento que se seguiu à teoria constitucional da efetividade. “A eficácia dos direitos fundamentais”, publicada pela Livraria do Advogado em primeira edição de 1998, ainda é uma referência para o Direito Constitucional brasileiro.

Este é o contexto no qual se desenrola o processo de constitucionalização do direito infraconstitucional no Brasil e, mais especificamente, a constitucionalização do Direito Administrativo.

É preciso, logo, ressaltar, que se trata de um processo de constitucionalização recente, pois iniciado há cerca de 20 anos. Um processo de constitucionalização confuso, que oscila entre a necessidade ainda rudimentar de auto-convencimento da aplicação das normas constitucionais no universo do Direito Administrativo e o desenvolvimento, por vezes, de discursos altamente sofisticados no âmbito da dogmática constitucional. Um processo que, por vezes, ainda guarda a herança de institutos e teorias autoritários e, por outras, apresenta propostas e leituras extremamente inovadoras e arrojadas. Uma constitucionalização que consegue compreender toda a complexidade que decorre da constitucionalização e, ao mesmo tempo, infelizmente com maior frequência, constrói discursos simplificadores.

Apesar do quadro não homogêneo, muito se avançou. Mas é preciso reconhecer a necessidade de dar continuidade ao processo de constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil para superar os riscos que eventuais discursos simplistas podem trazer, bem como criar um quadro de constitucionalização coerente. Na falta de tradição democrática e de teorias constitucionais adequadas, os discursos simplistas podem autorizar a construção de um constitucionalismo com conteúdo autoritário, como se demonstrará.

Deveras, muitas são as propostas de estudo, no Brasil, que têm como mote central a constitucionalização do Direito Administrativo. Contudo é preciso reconhecer que, não raro, o que se tem assistido, em verdade, é uma "constitucionalização de fachada" ou "constitucionalização retórica". Não são poucos os textos acadêmicos que, ainda, sob o pretexto do discurso da constitucionalização, fazem uma apologia ao diálogo entre Direito Constitucional e Direito Administrativo nos prólogos dos estudos mas, no desenvolvimento das análises, não abordam nenhuma categoria

da dogmática constitucional. Isso quando não se reduz o processo de constitucionalização a uma leitura meramente formal, como se fosse suficiente, para tratar de uma compreensão constitucionalizada, a simples referência a alguns poucos dispositivos da Lei Fundamental²⁹³. Tem-se a impressão, assim, que o tema da constitucionalização tornou-se um imperativo acadêmico que, ao menos formalmente, precisa ser referido. Cumprida a formalidade, parece manifestar-se uma autorização implícita para se abordar qualquer tema ou utilizar-se qualquer espécie de *fala*.

Não é a proposta do presente ensaio analisar as causas deste peculiar processo de constitucionalização do Direito Administrativo brasileiro. Para atingir este fim seria preciso, quiçá, uma reflexão mais detida sobre aquilo que Gustavo Binenbojm vem designando como "*déficit* teórico do Direito Administrativo"²⁹⁴. O que se pretende, aqui, é apenas alertar, preliminarmente, que qualquer processo dialógico deve ser, antes de tudo, dialético e, logo, ele é incompatível com o silêncio de uma das partes ou infrutífero quando não pondera os argumentos do outro sujeito da interlocução. Nesta linha, o objetivo deste ensaio não é exatamente de crítica ao modo como vem ocorrendo o processo de constitucionalização do Direito Administrativo brasileiro. O que se busca é apontar a necessidade de reconhecimento de que (i) o fenômeno da constitucionalização, num quadro de pós-positivismo recente, não pode admitir respostas simplificadoras, sob pena de perpetuação de tradições autoritárias que, embora venham sendo rompidas, ainda marcam a construção do direito e das instituições brasileiras, e que, igualmente, (ii) a constitucionalização do Direito Administrativo, neste contexto, por não transitar no campo de verdades inconstetáveis ou definitivas, demanda uma carga argumentativa, acadêmica ou decisória, mais robusta, pois a construção de uma nova tradição exige um ônus de justificação mais acentuado. Em outras palavras, o

²⁹³ Este problema já havíamos delatado em outro texto: SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem constitucional... cit., introdução.

²⁹⁴ BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 14-15. Seguindo a esteira de Binenbojm, este tipo de análise é também proposta por DAVI, Kaline Ferreira. E dimensão política da administração pública. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2008, p. 59-62.

fenômeno da constitucionalização não é compatível com o discurso das respostas prontas, dogmáticas, mas sim com a complexização discursiva.

II. A constitucionalização no contexto global do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo²⁹⁵

O fenômeno da constitucionalização do Direito, decorrente, dentre diversos fatores, do processo de substancialização ou materialização das Constituições contemporâneas, impôs o movimento de impregnação das normas infraconstitucionais por princípios e regras constitucionais. Neste sentido, não mais se admite uma compreensão do Direito que não seja, necessariamente, constitucional. Este contexto é marcado por alguns signos, como o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo.

A despeito de eventuais discussões sobre a existência de um neoconstitucionalismo ou de neoconstitucionalismos²⁹⁶; a despeito da discussão, aliás, até mesmo sobre a possibilidade de falar-se em neoconstitucionalismo, eis que muitas de suas premissas foram desenvolvidas sob a égide do próprio constitucionalismo; parece legítimo pressupor que, em diversas perspectivas, vive-se, hoje, um estágio ou momento teórico e dogmático muito diverso daquele tradicionalmente denominado por "constitucionalismo".

²⁹⁵ O presente estudo, no que tange com este tópico em que se enfrenta a necessidade de constitucionalização do Direito Administrativo, toma emprestado alguns pressupostos e questões que foram enfrentados em outros textos do autor e que, por vezes, aparecem aqui transcritos. Referidos textos são os seguintes: SCHIER, Paulo Ricardo. *Constitucionalização e 20 Anos da Constituição: reflexões sobre a exigência de concurso público (isonomia, eficiência e segurança jurídica)*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel & BINENBOJM, Gustavo. Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 809 e ss.; SCHIER, Paulo Ricardo. *Denúncia anônima em processo disciplinar na experiência dos Tribunais Superiores: entre os direitos fundamentais e o dever de investigação da Administração Pública*. In: RDE - Revista de Direito do Estado, n. 14. Rio de Janeiro: Renovar, abril/junho de 2009, p. 1 e ss..

²⁹⁶ Este debate já foi alertado por Miguel Carbonell em: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Torino: Editorial Trotta, 2003, p. 9-10.

Em breve análise, e aqui tomando como referência alguns parâmetros desenvolvidos principalmente Luis Prieto Sanchís²⁹⁷, Guastini²⁹⁸, Ferrajoli²⁹⁹, Pozzollo³⁰⁰, Figueroa³⁰¹ e Ariza³⁰², dentre outros, é possível afirmar que o constitucionalismo é um complexo momento constitucional marcado por algumas características bastante específicas.

No constitucionalismo, segundo expressão de Luigi Ferrajoli³⁰³, tem-se a emergência do Estado de Direito sob o viés positivista. A referência do constitucionalismo é a constituição formal e o estado de direito em sentido formal, logo, estado de legalidade, ou predomínio do paradigma da legalidade. As constituições deste contexto organizam-se, basicamente, sob uma regulação mais formal, preocupada em estabelecer limites ao poder e definir regras de reconhecimento do sistema (regras primárias). Assim, neste quadro, vê-se os seguintes fenômenos: (i) maior presença da lei em detrimento da Constituição; (ii) maior presença do legislador em detrimento do juiz; (iii) maior participação das regras em detrimento dos princípios; (iv) mais subsunção e menos ponderação; (v) vinculação do Estado à Constituição como "limitação", por decorrência da separação Estado-Sociedade Civil; (vi) maior homogeneidade axiológica dos textos constitucionais e menos pluralismo; (vii) separação entre direito e moral; (viii) ênfase no procedimento e na forma, em detrimento da substância e (ix) eixo teórico fundado na teoria do direito sob perspectiva do positivismo.

No neoconstitucionalismo, por sua vez, tem-se a emergência não mais de um Estado de Direito mas daquilo que se designa como Estado Constitucional fundado em premissas pós-positivistas. A referência do neoconstitucionalismo é a constituição material e o estado de direito substancial,

²⁹⁷ SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. Op. Cit., p. 123-158.

²⁹⁸ GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico. In: Idem, p. 49-74

²⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro Del estado Del derecho. In: Idem, p. 13-30.

³⁰⁰ POZZOLO, Suzana. Um constitucionalismo ambíguo. In: Idem, p. 187-210.

³⁰¹ FIGUEROA, Alfonso García. La teoría Del derecho em tiempos Del constitucionalismo. In: Idem, p. 159-186.

³⁰² ARIZA, Santiago Sastre. La ciência jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: Idem, p. 239-258.

³⁰³ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 15-17.

ou predomínio do paradigma constitucional. As constituições deste outro contexto organizam-se, basicamente, sob uma regulação mais material, preocupada em estabelecer a legitimação substancial do direito, das decisões, da política e da comunidade. Assim, neste quadro, vê-se os seguintes fenômenos: (i) maior presença da constituição em detrimento da lei; (ii) maior presença do juiz em detrimento do legislador; (iii) maior participação dos princípios em detrimento das regras; (iv) mais ponderação e menos subsunção; (v) vinculação do Estado à Constituição como "limitação", mas também como "prestação" e legitimação material; (vi) maior heterogeneidade axiológica dos textos constitucionais e, logo, mais pluralismo; (vii) aproximação entre direito e moral; (viii) ênfase na substância, sem contudo abandono da forma, do procedimento e, finalmente, (ix) eixo teórico fundado na teoria da argumentação sob perspectiva do pós-positivismo.

Não se pode negar, obviamente, que a maior parte das premissas referenciais que marcam o neoconstitucionalismo foram construídas dentro do próprio constitucionalismo. A mudança de objeto, por exemplo, através da qual as constituições passaram a albergar mais direitos sociais, prestacionais, e uma maior pluralidade axiológica, deu-se, por certo, ainda no contexto temporal do constitucionalismo. O processo de reaproximação entre direito moral, mormente desencadeado após a crise institucional decorrente dos horrores da Segunda Grande Guerra também apontam que, foi no seio do constitucionalismo que se desenvolveu esta premissa do neoconstitucionalismo. As críticas a um modelo de norma fundado exclusivamente sob a estrutura de regras igualmente foi desencadeada no âmbito do próprio constitucionalismo. São apenas alguns exemplos.

Nada obstante, o fato de praticamente todos os pressupostos do neoconstitucionalismo terem se desenvolvido no quadro do constitucionalismo não significa que, na perspectiva histórica, não se tratam de momentos diferentes. O tempo, aqui, e nem a história, podem ser compreendidos linearmente. Recorde-

se, nesta linha, que praticamente todos os elementos do hoje chamado de "estado moderno", nascido sob configuração absolutista, foram desenvolvidos e consolidados, em momentos diferentes, dentro da própria estrutura e contexto da idade média e da sociedade feudal, como salienta Perry Anderson³⁰⁴. Para este pensador, o Estado Absolutista não representa, exatamente, uma ruptura com as estruturas feudais e medievais e sim um incremento. Mas não por isso afirma-se que o Estado Absolutista seja um fenômeno "feudal". O Estado Absolutista se apresenta como estado moderno, portanto, não por decorrência de uma ruptura linear, bem marcada, mas pela agregação não necessariamente contínua de diversos elementos que, hoje, afirma-se como tipificadores deste modelo de estado. Inexiste, portanto, no que tange com a construção de dadas instituições históricas, uma certidão de nascimento³⁰⁵.

Ou seja, tem razão aqueles que afirmam que tudo o que se designa como características tipificadoras do neoconstitucionalismo já haviam sido desenvolvidas, de algum modo, no seio do constitucionalismo. Todavia aquele somente se apresenta como tal, como um novo momento, quando todos os elementos que o caracterizam se agrupam.

O fenômeno que hoje se chama de constitucionalização do Direito tem sentido neste quadro do neoconstitucionalismo pós-positivista. É preciso explicar a assertiva. No contexto do constitucionalismo de índole liberal as Constituições eram, em regra, sintéticas, formais, cuidando mais das formas de limitação, racionalização e fundamentação do poder. Daí porque se afirma que eram constituições formais ou procedimentais, pois o objeto central era a definição de procedimentos de organização do poder, ao lado de uns poucos direitos fundamentais que não demandavam maior intervenção estatal para a realização (estrutura de defesa). Imaginar um processo de constitucionalização do direito infraconstitucional, neste quadro, é algo praticamente impossível. Se a constituição é procedimental, todo o desenvolvimento do direito se dá em âmbito

³⁰⁴ ANDERSON, Perry. Linhagens do estado absolutista. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 18.

³⁰⁵ TORRES, João Carlos Brum. Figuras do estado moderno. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 40-82

infraconstitucional. A lei é o agente central deste universo. E a lei, salvo por seus aspectos formais, não pode ser controlada, eis que as constituições não possuíam um referencial axiológico significativo que servisse como parâmetro para fiscalizar a justiça do legislador ordinário. Por isso o paradigma é o da legalidade, e não o da constitucionalidade.

Assim, a constitucionalização do Direito só assume sentido no quadro do neoconstitucionalismo pós-positivista, no contexto em que as Constituições passam a albergar princípios e direitos sociais prestacionais dotados de elevada carga axiológica. Neste momento, a lei (o direito infraconstitucional) ganha parâmetros constitucionais que permitem a análise de sua justiça material. Por certo, todavia, a emergência de constituições materiais não era por si só suficiente para garantir o processo de constitucionalização do direito infraconstitucional. Ainda em contexto teórico e ideológico positivista, tais constituições materializadas encontravam discursos que afirmavam que princípios não eram normas jurídicas, mas apenas recomendações ao legislador, e de que os direitos prestacionais eram normas programáticas demandantes de lei para se realizar. Esses discursos eram fortes e suficientes para imunizar a aplicação dessas novas constituições. Por isso é que se afirmou, anteriormente, que a constitucionalização, num sentido material, só foi possível no quadro pós-positivista. Não se cuida portanto de falar de constitucionalização, mas de uma específica compreensão de constitucionalização (a material) num contexto normativo e teórico (pós-positivista) determinado.

Neste tecido é que se considera, hoje, como inevitável, o processo de constitucionalização estudado, dentre outros, por Guastini³⁰⁶ e Louis Favoreu³⁰⁷. É nesta teia que a nova ordem jurídica brasileira vem se construindo, com intensidade ímpar, sob a regência material de uma Lei Fundamental compreendida a partir de pressupostos bem delineados. Os condicionantes teóricos e ideológicos

³⁰⁶ GUASTINI, Ricardo. Op. Cit., p. 49.

³⁰⁷ FAVOREU, Louis. La constitutionnalisation du droit. In: AUBY, Jean_Bernard et alii. L'unité du droit: mélange en hommage à Roland Drago. Paris: Economica, 1996, p. 37-38.

do neoconstitucionalismo pós-positivista e da constitucionalização têm marcado, sem dúvida, de forma significativa, a compreensão do sentido da Constituição, sua função, seus problemas e as respostas que ela pode dar. Tem-se, agora, respostas que somente são possíveis neste quadro específico. Mas tem-se, também, problemas que são típicos deste mesmo contexto.

Com efeito, se por um lado o processo de constitucionalização, de acesso direto à normatividade constitucional, de sobre-interpretação da constituição, representa grande avanço, levado ao extremo ele tem proporcionado um quadro de panconstitucionalismo, ou de ubiqüidade constitucional, como refere Daniel Sarmento³⁰⁸. O lado positivo é que a Constituição se "routiniza", para usar expressão de Canotilho³⁰⁹. A Constituição torna-se parâmetro de legitimação e controle de todos os atos estatais e mesmo da comunidade. A dimensão problemática é que, alcançando, com sua força irradiante, impregnante, todos os campos de relação social, a Constituição também corre o risco de se banalizar, de se deslegitimar, de se tornar uma constituição "big brother" querendo afirmar a democracia em todos os cantos, de negar as idiossincrasias e o pluralismo querendo realizar a isonomia.

Se o predomínio dos princípios em detrimento das regras emergiu como tentativa de se buscar, dentre outros fins, a afirmação da força normativa das novas constituições, dotadas de carga axiológica bem mais elevada em relação às constituições liberais, de se buscar uma solução mais adequada para os *hard cases*, de reconhecer a inevitável proximidade entre direito e moral para, com isso, demandar-se, em dadas decisões, um ônus argumentativo ou justificação maior para conferir legitimidade à aplicação do direito, este processo todo, em sua outra face, tem proporcionado também uma fuga da normatividade da Constituição. Os excessos da chamada dogmática constitucional principialista³¹⁰, inerente a este tipo

³⁰⁸ SARMENTO, Daniel. Ubiqüidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (COORD.). A constitucionalização do direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 113-148.

³⁰⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional. Coimbra: Almedina, 1991, p. 114.

³¹⁰ O alerta sobre alguns perigos em relação aos excessos de uma dogmática constitucional principialista já havíamos levantado em: SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem

de constitucionalização do direito, se tem a virtude de fazer com que a constituição se torne o ponto de partida de toda e qualquer interpretação, se tem a virtude de fazer com que os princípios se tornem, na expressão de Bonavides³¹¹, o coração das Constituições, ao tornar tudo uma questão de princípio, torna também tudo, diante da falta de limites, ponderável, manipulável, relativizável. E, logo, a normatividade da Constituição vai se corroendo mediante compreensões em relação a aplicação do direito que "forçam" colisões de direitos ou de bens, inclusive regras, legitimando-se, assim, qualquer tipo de decisão, o que não é difícil quando se está diante de uma constituição do tipo compromissória e plural.

A abordagem até agora realizada de forma genérica apenas pretendeu apontar para o fato de que a Constituição Federal de 1988 tem o desenrolar de sua história fundado em inevitáveis paradoxos³¹². Nasce sob o signo de algo que se apresenta como novo e democrático, mas desenvolvido em longo processo temporal e contra tradições liberais bastante arraigadas. Busca afirmar sua força normativa através de procedimento teóricos, argumentativos e metodológicos que, paradoxalmente, podem proporcionar a erosão de sua normatividade. Coloca a principiologia da constituição como núcleo, como ponto de partida, para fazer prevalecer o seu "coração", tornando-se assim vulnerável, banalizada (o coração presente em todos os lugares permite, nesta imagem, que qualquer golpe periférico possa se tornar letal). O processo de constitucionalização, inerente a este "paradigma constitucional", permitindo indiscutíveis avanços, também pode propiciar indubitáveis retrocessos. Isso sem se fazer referência às críticas, nem sempre legítimas mas corretas em certos aspectos, dos perigos de uma subjetivação excessiva do direito, de uma incontrolável moralização da juridicidade, de uma fuga da teoria do direito para a teoria da argumentação, da crise da democracia representativa e dos problemas que dizem respeito com a própria controlabilidade e racionalidade das decisões no quadro atualmente vivenciado.

constitucional no momento do neoconstitucionalismo. In: Revista Crítica Jurídica, Vol. 24, Curitiba: UniBrasil, 2005, p. 131-150.

³¹¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 2002, cap. 12.

³¹² Schier concurso

Logo, o processo de constitucionalização desenvolvido ao cruzar as fronteiras da Constituição de 1988 tem sido, sem margem de dúvidas, confuso. Este processo, ademais, sequer tem sido homogêneo, como já se antecipou. Basta recordar que alguns ramos do direito estão em fase mais avançada no processo de constitucionalização, tentando trabalhar e extrair conseqüências de todas as potencialidades de se manipular as categorias da dogmática constitucional³¹³. Outros ramos, mais lentamente, creditam como "vitória" o simples fato de existirem umas poucas normas "infraconstitucionais" na Constituição³¹⁴, sem, contudo, extraírem daí maiores conseqüências.

Nas áreas em que se pode notar um diálogo mais intenso entre as categorias constitucionais e infraconstitucionais, nada obstante os avanços, nem sempre as conseqüências são levadas até o fim. É o caso do Direito Administrativo, onde o processo de constitucionalização caminha com inegável rapidez, mas o diálogo com as categorias constitucionais é ainda incompleto ou insuficiente.

Registre-se, a título exemplificativo, o debate em torno da supremacia do interesse público sobre o privado, já travado nos limites de uma compreensão constitucionalizada do direito administrativo, mas na qual este ramo do direito público parece não ter extraído todas as conseqüências da constitucionalização³¹⁵. Reconhece-se a constitucionalização para legitimar a atuação administrativa do Poder Público, que deve se fundamentar na realização dos direitos fundamentais; funda-se, na constituição, a tutela do interesse público e tantos outros princípios constitucionais; insiste-se no discurso de sobrevalorização dos princípios constitucionais reitores da Administração Pública. Todavia, neste

³¹³ O que se tem assistido no campo do Direito Administrativo, aqui, é exemplo do que se afirma, embora o diálogo com a dogmática constitucional seja ainda insuficiente.

³¹⁴ É o que se assiste, em grande medida e com raras exceções, no plano da doutrina do Direito Penal, que se restringe à análise da constitucionalização-elevação referida por Favoreu (Op. Cit., p. 37).

³¹⁵ Sobre o tema, conferir: SARMENTO, Daniel (org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse pública. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, 246 p.

campo, os princípios ainda são muito tratados como dogmas, como valores insuperáveis, inquestionáveis. Insistem, alguns, mesmo sob o pretexto de falar de um direito administrativo constitucionalizado, em defender um *super-princípio* da legalidade, suposta pedra-de-toque da Administração Pública. Como se tais espécies de leitura fossem compatíveis com o regime dos princípios desenvolvido no plano da dogmática constitucional. Defende-se que a Administração Pública somente pode se legitimar em torno da realização dos direitos fundamentais, mas não se questiona sobre qual concepção de direitos fundamentais se está falando.

Ou seja, é possível ver avanços. Mas o diálogo entre o Direito Constitucional e o Administrativo há de se intensificar³¹⁶. Diálogo, aliás, nem sempre existente, mas sempre necessário. Diálogo, igualmente, que quando existente, nem sempre estabelece falas e argumentos a partir dos mesmos pressupostos. E isto há de ser encarado com naturalidade. A construção histórica dos conceitos e dos institutos jurídicos é, acima de tudo, uma *construção*, um processo, um dialogar constante. A Constituição, como se demonstrou, não "está aí", "dada", pronta, acabada. Ela se constrói, ela se legitima, ela se ressignifica diariamente.

III. A dupla complexidade do processo de constitucionalização do Direito no Brasil

É neste tecido que se pode encontrar uma dupla complexidade do processo de constitucionalização do Direito Administrativo, especialmente no Brasil. O primeiro vetor de complexidade, válido para qualquer movimento de constitucionalização em contexto de constituições materiais orientadas por uma concepção pós-positivista do direito, é o da *complexidade das respostas*.

³¹⁶ Sobre o descompasso e problemas de comunicação entre o direito infraconstitucional e a dogmática constitucional, vê-se a preocupação presente, dentre outros, em: SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 17-18.

Muito das dificuldades e receios em relação ao processo de constitucionalização está vinculado ao fato de que as constituições materiais operam uma inevitável aproximação entre direito e moral. O discurso de separação entre esses universos não é mais cabível desde a superação do positivismo. Assim, é preciso reconhecer, em diversas dimensões, que no plano de um discurso constitucionalizado não pode existir espaço para respostas totalizantes e verdades universais. Num primeiro nível de argumentação, porque o reconhecimento da distinção, típica do pós-positivismo, entre texto e norma, demonstra que de um único enunciado é possível construir várias normas. A idéia de não correspondência biunívoca entre texto e norma é possível de se confirmar, no plano da técnica constitucional, através dos mecanismos de interpretação conforme a Constituição, declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, mutação constitucional etc.

O plano problemático, todavia, manifesta-se naquelas situações em que, a rigor, poderia existir mais de uma legítima, na perspectiva jurídica, para um único caso concreto. Este problema já é reconhecido mesmo no contexto de certo neopositivismo, em que se admite mais de uma resposta válida no plano jurídico, situação na qual a questão central deixa de ser a de correção normativa do direito para ser de correção factual. Claro, esta leitura é positivista na medida em que separa o direito da moral (que fica no campo supostamente extra-jurídico, que seria o da validade factual). Todavia, presta-se para demonstrar que a distinção entre texto e norma abre a possibilidade de múltiplas compreensões em relação a um mesmo texto. Esta abertura é ainda maior quando o texto de partida ou de referência é uma constituição material, axiologicamente carregada. E portanto, o que passa a se tornar problema é a racionalidade das construções jurídicas neste tipo de contexto.

O problema pode ser traduzido de forma simples. Com efeito, ninguém nega a legitimidade de afirmações teóricas que sustentam, no plano da teoria brasileira, que o Direito Administrativo gira em torno da dignidade humana ou dos direitos

fundamentais. Como se afirmou, tem-se aqui um avanço. O reconhecimento de que a Administração Pública existe para o cidadão e a realização dos direitos fundamentais, e não para justificar interesses secundários da pessoa do Estado. Não é o homem que gira em torno do Estado, mas o contrário. A idéia, manifestada no âmbito de um discurso do Direito Administrativo constitucionalizado, expressa um movimento de democratização. Há, contudo, aqui, também um risco para a democracia, pois em geral os discursos não se preocupam em construir uma adequada compreensão de dignidade humana ou de direitos fundamentais. E assim, qualquer resposta se torna possível. O Administrador Público poderia, por exemplo, proibir a apresentação de um espetáculo porque o seu conteúdo atenta contra a dignidade humana ou autorizá-lo, em nome da mesma dignidade humana, por entender que o conteúdo é uma crítica à degradação da pessoa humana. Uma simples referência à proteção da dignidade humana seria suficiente para justificar qualquer resposta.

O mesmo ocorre com o discurso dos direitos fundamentais. Basta, para demonstrar o que se deseja neste ensaio, fazer referência a qualquer espécie, ainda que banal, de colisão de direitos fundamentais. O mesmo Administrador Público pode, em nome da liberdade de expressão e do direito de reunião, autorizar a encenação de uma peça teatral em um logradouro público ou, então, em nome do direito fundamental à segurança pública ou do direito de locomoção, vedar a encenação no logradouro público.

No plano dos princípios a situação é a mesma. Já se fez referência, acima, à dignidade humana. Mas há outros exemplos em que o problema fica mais claro. A Constituição Federal de 1988, por exemplo, no plano do regime jurídico da prestação de serviços públicos, garante a modicidade das tarifas. Ora, o Administrador Público pode, simplesmente, afirmar que uma passagem de transporte coletivo urbano de passageiros (por exemplo, de R\$ 2,50) é módica ou não. Este tipo de debate tem sido comum, no Brasil, no que tange com o valor de tarifas de rodovias pedagiadas. Isso sem precisar falar do princípio da supremacia

do interesse público sobre o privado, que tem justificado decisões absolutamente dissonantes sem a manipulação de um discurso de justificação decisória adequado.

E é aí que ingressa o segundo vetor de complexidade, que a *complexidade contextual* do processo de constitucionalização brasileiro. Mais de uma resposta possível, em um país que ainda tenta afirmar sua democracia, pode ser um risco. O discurso de constitucionalização “de fachada” pode se tornar incontrolável. O simples apontamento a princípios ou direitos fundamentais pode se prestar para ocultar decisões autoritárias, que se justificam democraticamente com uma simples referência à tutela a valores ou direitos constitucionais. E isso é inadmissível.

Como se afirmou, a tradição das instituições brasileiras ainda não é totalmente democrática. O Brasil ainda é marcado por uma tradição patrimonialista, sendo muito recente a tentativa de afirmação de uma ética republicana no âmbito do seu espaço público. O reconhecimento desta complexidade é importante, pois a partir daí pode-se imaginar a importância que a construção de um discurso de justificação adequado pode desenvolver no âmbito da comunidade. À falta de tradição democrática deve se contrapor um ônus argumentativo mais oneroso no âmbito das decisões administrativas. É a justificação do discurso que permitirá a construção de uma nova tradição em torno do conteúdo da constituição e das instituições e princípios do Direito Administrativo. A falta de adequada justificação é que pode fazer perpetuar tradições autoritárias que se legitimam com referências genéricas ao texto constitucional.

Não se trata, pois, de deslegitimar o processo de constitucionalização do Direito Administrativo que vem se desenvolvendo no Brasil. A proposta é de aprofundamento deste processo, o que já vem ocorrendo, mas ainda não é o discurso hegemônico.

Não basta, então, na linha do que se propõe, afirmar que o Direito Administrativo gira em torno da dignidade humana. É preciso justificar qual a compreensão de dignidade humana que se está referindo num contexto decisório específico e explicitar de que forma a decisão está a realizar aquela compreensão. Não basta fazer referência genérica à idéia de modicidade de tarifa. É preciso discutir em que contexto e por quais razões a tarifa, por exemplo, de telefonia fixa é ou não é módica. Não basta afirmar que uma decisão está sendo tomada em nome do princípio da eficiência. É preciso explicitar qual é a compreensão de eficiência subjacente e a razão pela qual se considera que numa determinada situação aquela decisão, e não outra, é eficiente. Não basta invocar o acesso direto ao princípio da moralidade consagrado na Constituição de 1988 para se tomar qualquer decisão. Mais uma vez, é preciso explicitar de qual moral se trata, por quais razões um ato especificamente anulado afronta aquela determinada compreensão de moralidade etc. Somente assim será possível colocar em debate, no plano intersubjetivo, as justificações das decisões administrativas, impedindo a perpetuação de eventuais tradições autoritárias, jogando ao debate os novos “projetos de sentido” que se pretende construir no plano do Direito Público brasileiro.

O objetivo desta proposta de aprofundamento do processo de constitucionalização pela via de um adequado processo de justificação das decisões administrativas não intenta defender nenhum específico método de argumentação ou de construção de verdades. Note-se, por tudo o que já se afirmou, que nenhum método específico é capaz de garantir a “verdade” de uma decisão. Nenhum método, igualmente, pode garantir, no caso concreto, que se chegará a uma única decisão correta. O papel da argumentação, da justificação – e não propriamente do método ou de um método específico – é o de possibilitar a construção de uma racionalidade, ainda que fraca, para os sentidos construídos no momento da aplicação do Direito Administrativo constitucionalizado.

A título de exemplo, a seguir, buscar-se-á desenvolver uma análise sobre o estado da compreensão do instituto da denúncia anônima no Brasil. O exercício poderia

ser feito com qualquer outro instituto. Todavia, a discussão específica da questão da denúncia anônima permite demonstrar como o processo de constitucionalização genérico, ou “de fachada”, acima denunciado, possibilita a emergência de um discurso e práticas autoritários que demandam superação. Será possível observar como, a partir de dois caminhos e argumentações diferentes, o não aprofundamento da justificação do discurso da constitucionalização do Direito Administrativo pode representar um risco para a democracia.

IV. A título de exemplo: a questão da denúncia anônima no âmbito de processos disciplinares

Levando em consideração, como partida, o referencial normativo constitucional em vigência no Brasil, a instauração de processo disciplinar com base em denúncia anônima é incompatível com o texto da Constituição Federal eis que, *prima facie*, representa afronta ao art. 5º, IV, que confere especial proteção ao direito à honra, ao contraditório e a ampla defesa, ao vedar o anonimato.

Além disso, no plano infraconstitucional, e densificando a dimensão principiológica dos referidos direitos fundamentais mediante sopesamento de valores, a Lei dos Servidores Públicos Federais - Lei n. 8112/90, em seu artigo 144, expressamente exige, para o processamento de denúncia contra servidor, a identificação do denunciante, seu endereço e confirmação de autenticidade. Da mesma forma o art. 6º, da Lei n. 9784/99, traz idênticas exigências. A Lei de improbidade Administrativa, por sua vez, em seu art. 14, parágrafo único, impede o processamento de denúncia anônima. E, agora no plano de normatividade infralegal, a Portaria 4491/05³¹⁷, que regulamenta o processo administrativo

³¹⁷ Art. 8º O servidor que tiver ciência de irregularidade no serviço público deverá, imediatamente, representar, por escrito e por intermédio de seu chefe imediato, ao titular da Unidade, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e penal.

§ 2º A representação funcional de que trata este artigo deverá:

I - conter a identificação do representante e do representado e a indicação precisa do fato que, por ação ou omissão do representado, em razão do cargo, constitui ilegalidade, omissão ou abuso de poder;

realizado no âmbito da Receita Federal, e citada aqui apenas exemplificativamente, exige igualmente a identificação do denunciante.

O quadro normativo, como se nota, parece claro: denúncias anônimas não são admitidas no sistema jurídico brasileiro. Nada obstante, não raro as experiências administrativa e jurisprudencial desmentem a suposta "clareza da norma". Afirma-se isto pois, ao se analisar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no âmbito dos julgamentos que envolvem denúncia anônima em processos administrativos o que se encontra é exatamente o oposto: a admissão quase que indiscriminada de denúncia anônima.

A título exemplificativo observe-se os seguintes julgados:

RECURSO ESPECIAL 2006/0153177-0

DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DENÚNCIA ANÔNIMA. NULIDADE. NÃO-OCORRÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Tendo em vista o poder-dever de autotutela imposto à Administração, não há ilegalidade na instauração de processo administrativo com fundamento em denúncia anônima. Precedentes do STJ.

2. Recurso especial conhecido e improvido (DJe 25/05/2009)

MANDADO DE SEGURANÇA 2006/0249998-2

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SERVIDOR FEDERAL. FALTA DE CITAÇÃO PESSOAL. PROVA EMPRESTADA. DENÚNCIA ANÔNIMA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA.

II - vir acompanhada das provas ou indícios de que o representante dispuser ou da indicação dos indícios ou provas de que apenas tenha conhecimento; (...)

§ 3º Quando a representação for genérica ou não indicar o nexo de causalidade entre o fato denunciado e as atribuições do cargo do representado, deverá ser devolvida ao representante para que preste os esclarecimentos adicionais indispensáveis para subsidiar o exame e a decisão da autoridade competente quanto à instauração de procedimento disciplinar.

§ 4º Quando o fato narrado não configurar evidente infração disciplinar ou ilícito penal, a representação será arquivada por falta de objeto.

1. É válida a citação feita ao procurador constituído quando ausente o servidor acusado e não demonstrado o prejuízo à defesa (art. 156 da Lei n.º 8.112/1990 e art. 9º da Lei n.º 9.784/1999).
2. A jurisprudência do STJ admite o uso de provas emprestadas.
3. Não há ilegalidade na instauração de processo administrativo com fundamento em denúncia anônima, por conta do poder-dever de autotutela imposto à Administração e, por via de consequência, ao administrador público.
4. As instâncias administrativa e penal são independentes (Lei n.º 8.112/1990, art. 125).
5. Denegação da segurança (DJe 05/09/2008).

No mesmo sentido: Recurso em Mandado de Segurança n. 2005/0044783-5; Recurso em Mandado de Segurança n. 2004/0162925-0; Mandado de Segurança n. 2000/0063512-0; Mandado de Segurança n. 2000/0125375-1; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 1991/0018676-7; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 4.435; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 1.278 e Recurso em *Habeas Corpus* n. 7.329, todos do Superior Tribunal de Justiça.

Ou seja, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, nada obstante a vedação legal expressa da denúncia anônima, este instituto se mostraria legítimo no sistema em vista do "poder-dever de autotutela" ou do "poder-dever de investigação".

Em suma, o resultado prático descortinado na experiência do STJ mostra que a invocação dos princípios (i) da autotutela e (ii) da proteção dos bens e interesses públicos autoriza a superação de regras legislativas que expressamente vedam a denúncia anônima. Em outras palavras, o STJ trata referidos princípios como se regras fossem, dando-lhes um caráter de

definitividade³¹⁸ para afastar a aplicação de regras que vedam denúncia anônima em qualquer situação.

No plano do Supremo Tribunal Federal, contudo, a leitura é diversa e apresenta contornos mais complexos. Isto porque no STF, tanto a vedação de denúncias anônimas como os interesses vinculados com a autotutela, impessoalidade, moralidade etc., vêm sendo tratados como se princípios fossem, demandando, a solução dos diversos casos concretos, o devido sopesamento³¹⁹. A título exemplificativo, observe-se a seguinte decisão (apresentada de forma resumida):

MS 24.369-DF

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

EMENTA: DELAÇÃO ANÔNIMA. COMUNICAÇÃO DE FATOS GRAVES QUE TERIAM SIDO PRATICADOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES QUE SE REVESTEM, EM TESE, DE ILICITUDE (PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS SUPOSTAMENTE DIRECIONADOS E ALEGADO PAGAMENTO DE DIÁRIAS EXORBITANTES). A QUESTÃO DA VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ANONIMATO (CF, ART. 5º, IV, "IN FINE"), EM FACE DA NECESSIDADE ÉTICO-JURÍDICA DE INVESTIGAÇÃO DE CONDUTAS FUNCIONAIS DESVIANTE. OBRIGAÇÃO ESTATAL, QUE, IMPOSTA PELO DEVER DE OBSERVÂNCIA DOS POSTULADOS DA LEGALIDADE, DA IMPESSOALIDADE E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA (CF, ART. 37, "CAPUT"), TORNA INDERROGÁVEL O ENCARGO DE APURAR COMPORTAMENTOS EVENTUALMENTE LESIVOS AO INTERESSE PÚBLICO. RAZÕES DE INTERESSE SOCIAL EM POSSÍVEL CONFLITO COM A EXIGÊNCIA DE PROTEÇÃO À INCOLUMIDADE MORAL DAS PESSOAS (CF, ART. 5º, X). O DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO DO CIDADÃO AO FIEL DESEMPENHO, PELOS AGENTES ESTATAIS, DO DEVER DE PROIBIDADE CONSTITUÍRIA UMA LIMITAÇÃO EXTERNA AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. LIBERDADES EM ANTAGONISMO. SITUAÇÃO

³¹⁸ Sobre a aplicação das regras com caráter de definitividade, conferir: ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 103-106.

³¹⁹ Sobre a aplicação dos princípios como mandamentos *prima facie*, conferir: Idem, ibidem.

DE TENSÃO DIALÉTICA ENTRE PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DA ORDEM CONSTITUCIONAL. COLISÃO DE DIREITOS QUE SE RESOLVE, EM CADA CASO OCORRENTE, MEDIANTE PONDERAÇÃO DOS VALORES E INTERESSES EM CONFLITO. CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS. LIMINAR INDEFERIDA.

DECISÃO:

...

O veto constitucional ao anonimato, como se sabe, busca impedir a consumação de abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento, pois, ao exigir-se a identificação de quem se vale dessa extraordinária prerrogativa político-jurídica, essencial à própria configuração do Estado democrático de direito, visa-se, em última análise, a possibilitar que eventuais excessos, derivados da prática do direito à livre expressão, sejam tornados passíveis de responsabilização, "a posteriori", tanto na esfera civil, quanto no âmbito penal. Essa cláusula de vedação - que jamais deverá ser interpretada como forma de nulificação das liberdades do pensamento - surgiu, no sistema de direito constitucional positivo brasileiro, com a primeira Constituição republicana, promulgada em 1891 (art. 72, § 12), que objetivava, ao não permitir o anonimato, inibir os abusos cometidos no exercício concreto da liberdade de manifestação do pensamento, viabilizando, desse modo, a adoção de medidas de responsabilização daqueles que, no contexto da publicação de livros, jornais ou panfletos, viessem a ofender o patrimônio moral das pessoas agravadas pelos excessos praticados, consoante assinalado por eminentes intérpretes daquele Estatuto Fundamental.

...

Nisso consiste a ratio subjacente à norma, que, inscrita no inciso IV do art. 5º, da Constituição da República, proclama ser "livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato" (grifei). Torna-se evidente, pois, que a cláusula que proíbe o anonimato - ao viabilizar, "a posteriori", a responsabilização penal e/ou civil do ofensor - traduz medida constitucional destinada a desestimular manifestações abusivas do pensamento, de que possa decorrer gravame ao

patrimônio moral das pessoas injustamente desrespeitadas em sua esfera de dignidade, qualquer que seja o meio utilizado na veiculação das imputações contumeliosas.

...

A manifestação do pensamento não raro atinge situações jurídicas de outras pessoas a que corre o direito, também fundamental individual, de resposta. O art. 5º, V, o consigna nos termos seguintes: é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. Esse direito de resposta, como visto antes, é também uma garantia de eficácia do direito à privacidade. Esse é um tipo de conflito que se verifica com bastante frequência no exercício da liberdade de informação e comunicação".

A presente impetração mandamental, nos termos em que deduzida, sustenta, com apoio na cláusula que veda o anonimato, a existência, em nosso ordenamento positivo, de impedimento constitucional à formulação de delações anônimas. É inquestionável que a delação anônima pode fazer instaurar situações de tensão dialética entre valores essenciais, igualmente protegidos pelo ordenamento constitucional, dando causa ao surgimento de verdadeiro estado de colisão de direitos, caracterizado pelo confronto de liberdades revestidas de idêntica estatura jurídica, a reclamar solução que, tal seja o contexto em que se delineie, torne possível conferir primazia a uma das prerrogativas básicas, em relação de antagonismo com determinado interesse fundado em cláusula inscrita na própria Constituição. O caso ora exposto pela parte impetrante - que é entidade autárquica federal - pode traduzir, eventualmente, a ocorrência, na espécie, de situação de conflituosidade entre direitos básicos titularizados por sujeitos diversos. Com efeito, há, de um lado, a norma constitucional, que, ao vedar o anonimato (CF, art. 5º, IV), objetiva fazer preservar, no processo de livre expressão do pensamento, a incolumidade dos direitos da personalidade (como a honra, a vida privada, a imagem e a intimidade), buscando inibir, desse modo, delações anônimas abusivas. E existem, de outro, certos postulados básicos, igualmente consagrados pelo texto da Constituição, vocacionados a conferir real efetividade à exigência de que os comportamentos funcionais dos agentes estatais se ajustem à lei (CF, art. 5º, II) e

se mostrem compatíveis com os padrões ético-jurídicos que decorrem do princípio da moralidade administrativa (CF, art. 37, caput). Presente esse contexto, resta verificar se o direito público subjetivo do cidadão à rigorosa observância do postulado da legalidade e da moralidade administrativa, por parte do Estado e de suas instrumentalidades (como as autarquias), constitui, ou não, limitação externa aos direitos da personalidade (considerados, aqui, em uma de suas dimensões, precisamente aquela em que se projetam os direitos à integridade moral), em ordem a viabilizar o conhecimento, pelas instâncias governamentais, de delações anônimas, para, em função de seu conteúdo - e uma vez verificada a idoneidade e a realidade dos dados informativos delas constantes -, proceder-se, lícitamente, à apuração da verdade, mediante regular procedimento investigatório.

Entendo que a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, "hic et nunc", em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina.

...

Parece registrar-se, na espécie em exame, uma situação de colidência entre a pretensão mandamental de rejeição absoluta da delação anônima, ainda que esta possa veicular fatos alegadamente lesivos ao patrimônio estatal, e o interesse primário da coletividade em ver apuradas alegações de graves irregularidades que teriam sido cometidas na intimidade do aparelho administrativo do Estado. Isso significa, em um contexto de liberdades em conflito, que a colisão dele resultante há de ser equacionada, utilizando-se, esta Corte, do método - que é apropriado e racional - da ponderação de bens e valores, de tal forma que a existência de interesse público na revelação e no esclarecimento da verdade, em torno de supostas ilicitudes penais e/ou administrativas que teriam sido praticadas por entidade autárquica federal, bastaria, por si só, para atribuir, à denúncia em causa

(embora anônima), condição viabilizadora da ação administrativa adotada pelo E. Tribunal de Contas da União, na defesa do postulado ético-jurídico da moralidade administrativa, em tudo incompatível com qualquer conduta desviante do *improbis* administrador. Na realidade, o tema pertinente à vedação constitucional do anonimato (CF, art. 5º, IV, *in fine*) posiciona-se, de modo bastante claro, em face da necessidade ético-jurídica de investigação de condutas funcionais desviantes, considerada a obrigação estatal, que, imposta pelo dever de observância dos postulados da legalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativa (CF, art. 37, *caput*), torna imperioso apurar comportamentos eventualmente lesivos ao interesse público. Não é por outra razão que o magistério da doutrina admite, não obstante a existência de delação anônima, que a Administração Pública possa, ao agir autonomamente, efetuar averiguações destinadas a apurar a real concreção de possíveis ilicitudes administrativas...

...

Esse entendimento tem o beneplácito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

...

Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, indefiro, em sede de deliberação, o pedido de medida liminar, sem prejuízo de oportuno reexame da questão ora veiculada nesta sede mandamental. 2. Requisitem-se informações aos órgãos ora apontados como coatores, encaminhando-se-lhes cópia da presente decisão. Publique-se. Brasília, 10 de outubro de 2002. Ministro CELSO DE MELLO (decisão publicada no DJU de 16.10.2002).

Referida decisão sintetiza o entendimento do STF que, em alguns casos concretos, após sopesamento (admitido ora explicitamente e ora intuitivamente), por vezes tolera a denúncia anônima (como no caso do MS 27339/DF) e por vezes a rechaça (*vg.* Inquérito nº 1.957-PR).

Ou seja, no STF a questão é pensada no plano principiológico, aceitando, sempre, respostas diferentes para cada caso concreto³²⁰. Parece não fazer diferença, aliás, para o STF, o fato da legislação infraconstitucional trazer regras explícitas vedando a delação anônima (como se a prévia existência de um sopesamento legislativo, neste campo, não trouxesse qualquer interferência no resultado dessas decisões).

Tanto a jurisprudência consolidada no âmbito do Supremo Tribunal Federal como a do Superior Tribunal de Justiça, com o devido respeito, trazem alguns problemas de cunho prático e teórico.

Com efeito, no quadro de um Estado Democrático de Direito, causa certa estranheza o fato da jurisprudência dominante dos tribunais superiores, com fundamentos diferentes, praticamente ignorar a regra do art. 144, da Lei n. 8112/90 e do art. 6º, da Lei n. 9784/99.

No quadro do STJ, como se afirmou, a justificativa do entendimento transita por dois grandes argumentos: (i) a aplicação da regra contida no art. 143, da própria Lei n. 8112/90, segundo a qual a autoridade administrativa, tendo ciência de irregularidade, é obrigada a apurá-la; (ii) aplicação direta do chamado "poder-dever de autotutela" (em verdade, um princípio com fundamento implícito na Constituição e com base normativa infraconstitucional, no campo em análise, no art. 53, da Lei Federal n. 9784/99 – *"A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos"*).

Em relação ao primeiro argumento que justifica as decisões do STJ – cabimento da denúncia anônima por aplicação da regra do art. 143, da Lei n. 8112/90 -, parece que referido Tribunal olvida uma necessária interpretação

³²⁰ Alerta sobre a necessidade de que a ponderação seja realizada apenas em vista de um caso concreto, devendo-se evitar ponderações "abstratas", pode-se encontrar em: SARMENTO, Daniel Sarmento. A ponderação de interesses na constituição federal, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 42-9.

sistemática da legislação constitucional e infraconstitucional³²¹. Deveras, na realidade, tal raciocínio advém de um método de interpretação rude, qual seja, o método literal. O art. 143, com efeito, obriga a apuração das irregularidades de que se tenha ciência; em seguida, o art. 144 determina que não se apure as irregularidades que tenham chegado ao conhecimento da autoridade por meio de denúncia anônima. Lendo com atenção os dois dispositivos a única conclusão possível é a de que a autoridade não pode deixar de averiguar irregularidades que tenham chegado ao seu conhecimento da forma preconizado pela lei, ou seja, por meio de denúncia realizada por pessoa identificada, de forma legítima, consoante o meio lícito previsto em nosso sistema jurídico. O que significa dizer: a regra do art. 143, da Lei n. 8112/90, que impõe o dever de investigar, não nega a regra do art. 144, do mesmo diploma legal. Trata-se antes de um reforço. A autoridade administrativa, quando a denúncia estiver revestida de seus requisitos – dentre, não ser anônima -, tem o dever de investigar. O Poder Público não pode se furtar de averiguar as delações de ilicitudes e irregularidade que, na forma da lei, chegam ao seu conhecimento. Todavia este dever não pode prevalecer se se tratar de denúncia anônima.

Esta parece ser a construção adequada da norma, que leva em consideração o método de interpretação sistemático e salva a aplicação de ambos os dispositivos. Neste modelo de interpretação, nem a vedação de denúncia anônima retira a validade do dever de investigar e nem o dever de investigar retira a validade ou a possibilidade de aplicação da vedação de denúncia anônima. De outro lado, a interpretação literal suprime qualquer sentido prático do art. 144, retirando-lhe completamente os efeitos e restringindo, também, os direitos do servidor.

Como se nota, portanto, a interpretação literal e isolada do art. 143 equivale a uma peculiar declaração de inconstitucionalidade implícita do art. 144,

³²¹ Sobre a necessidade de interpretação sistemática como imposição do princípio da unidade da Constituição, consultar: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 181-198

da Lei n. 8112/90. Ora, uma vez que o art. 144, da Lei 8112/90, não foi, em momento algum, declarado inconstitucional (nem em sede abstrata e nem em sede de controle difuso), a sua não aplicação representa verdadeira violação ao Estado de Direito.

Ademais, neste campo, a leitura conjunta dos art. 143 e 144, da Lei 8112/90, na seqüência como foi colocada, indicia a necessidade de uma leitura ajustada em que, primeiramente, dever-se-ia considerar a existência do dever de investigação e, em seguida, como se criasse verdadeira regra de exceção, "*desde que a denúncia não seja anônima*".

A segunda justificativa do STJ para admitir, em suas decisões, a denúncia anônima, está na invocação da aplicação direta do princípio da autotutela, que tem por escopo, como já restou adiantado, a tutela do interesse público, da moralidade, finalidade, da eficiência etc.

Neste ponto, uma análise crítica deve ser desdobrada em dois pontos: (i) o contido no art. 53, da Lei Federal n. 9784/99 – dever de anulação (autotutela) dos atos eivados de ilegalidade - e (ii) a possibilidade de aplicação direta dos princípios constitucionais da administração pública, sejam explícitos ou implícitos.

Na primeira linha de raciocínio, no que tange com o "dever de autotutela", pode-se imaginar que, embora dotado de fundamentação constitucional, e no que pertine com a sua aplicação em processos disciplinares, este princípio está densificado, em nível infraconstitucional, no art. 53, da Lei Federal n. 9784/99. A se considerar, ainda, que a atividade legislativa manifesta uma decisão em relação ao *modo* de realização das normas constitucionais, não se pode olvidar que, de forma crua, referido dispositivo da Lei 9784/99 em nenhum momento autoriza a utilização da autotutela com a fim de tolerar denúncia anônima. O referido enunciado normativo expressa, rememore-se, o seguinte: "A

Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade... ". Como se nota, o dever de anular seus próprios atos só é um dever em relação aos atos "eivados de vício de legalidade".

Considerando o dispositivo é preciso, logo, fazer uma distinção lógica: uma coisa é o dever de anulação do ato ilegal e outra coisa é a possibilidade de aplicação de sanção disciplinar a quem cometeu o ato ilegal. Com esta distinção, fácil perceber que, uma vez constatada uma ilegalidade, a lei impõe o dever de anulação do ato ilegal. Aqui há autotutela. Mas isso, reitera-se, vale para a investigação do ato ilegal em sentido próprio. A aplicação de sanção disciplinar ao agente que cometeu a ilegalidade deve se dar mediante processo disciplinar que garanta o contraditório e a ampla defesa, eis que se trata de imposição de medida restritiva de direito de liberdade e/ou propriedade. A autotutela encontra, neste campo, portanto, limite. Autotutela no plano do processo disciplinar será admitida apenas quando algum ato do processo administrativo estiver eivado de ilegalidade; jamais para justificar a abertura do processo disciplinar. Neste aspecto, ilegal seria, sim, a abertura de processo disciplinar com fundamento no dever de autotutela insculpido no art. 53, da Lei Federal n. 9784/99, quando este dispositivo alcança apenas o ato ilegal, e não a aplicação de sanção ao agente que o praticou.

Poder-se-ia, então, contra-argumentar que o dever de autotutela, neste caso, não decorre própria e diretamente da lei mas, antes, decorre diretamente da principiologia constitucional que protege o interesse público, a moralidade, a eficiência, a isonomia, a finalidade etc. ou, em outras palavras, a supremacia do interesse público contra o interesse privado do particular (revestido de agente público).

Em face deste argumento pode-se opor o debate emergente das reservas que parte da teoria do Direito Público tem levantado contra o discurso absolutizante da supremacia do interesse público sobre o privado, antes anunciado. Aqui, mais uma vez, as preocupações manifestadas por esta doutrina se

confirmam: de nada adianta invocar a vedação constitucional do anonimato, mesmo confirmada por regra inequívoca de legislação infraconstitucional, pois os interesses de um particular não podem superar a invencível supremacia do interesse público. Algo como que se afirmasse: o dever de autotutela protege o interesse público e a vedação de denúncia anônima protege o indivíduo, aqui pressupostamente ímprobo. Logo, interesses privados não podem prevalecer sobre os públicos e, assim, toda vez que houver este tipo de colisão, a resposta está pronta: que vença o interesse público.

Não é o caso, aqui, novamente, de desenvolver uma linha de argumentação neste sentido. Fazemos referência, neste momento, às observações lançadas em trabalhos anteriores³²².

De outro lado, independentemente de se superar o problema da "questão" da supremacia do interesse público, seria possível levantar, como crítica ao modelo de interpretação do STJ, a forma como permite a aplicação direta de princípios constitucionais, revestidos de elevada abertura e indeterminação, para afastar a aplicação de regras legais muito claras que manifestam juízo de sopesamento do legislador na aplicação de princípios³²³. Aqui, portanto, está-se a transitar por outro problema: a aplicação direta de princípios constitucionais para afastar a aplicação de regras legais³²⁴.

Este problema não está revestido de qualquer novidade. A produção teórica do direito constitucional e a teoria do direito, de modo geral, já havia se dado conta de certos perigos que o processo de constitucionalização, despido de

³²² Panorama do debate sobre o mito da supremacia do interesse público sobre o privado pode ser encontrado em: SARMENTO, Daniel (org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse pública. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, 246 p.

³²³ O problema do afastamento da aplicação de regras não evidentemente inconstitucionais diante de princípios dotados de elevada carga de indeterminação e abstração é interessantemente apontado em: GUASTINI, Ricardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Mínima Trorra, 2008, p. 73-91.

³²⁴ Este tipo de problema já havíamos, de forma formar, abordado no seguinte texto: SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (COORD.). A constitucionalização do direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio da Janeiro: Lumen Júris, p. 251-270.

critérios racionais, pode ensejar no campo da realização da justiça. A insegurança jurídica, a eventual incontrolabilidade das decisões, o excesso de subjetivismo e abertura para os juízos morais no preenchimento dos conceitos indeterminados trazidos pelos princípios, o eventual *déficit* democrático que o afastamento das opções legislativas podem proporcionar, são alguns temas recorrentes que permeiam este debate³²⁵.

Não se pretende, neste estudo, abrir uma porta para a discussão desses temas relevantes. A presente abordagem assumirá, aqui, alguns pressupostos para não fugir do tema central: (i) a aplicação direta de princípios constitucionais em detrimento de regras infraconstitucionais revestidas de presunção de constitucionalidade (ou seja, sobre as quais não recaia um juízo de inconstitucionalidade evidente) é procedimento perigoso³²⁶; (ii) há que se conferir uma certa deferência às decisões expressadas pelo legislador infraconstitucional em homenagem ao princípio democrático e à segurança jurídica³²⁷; (iii) princípios, preferencialmente, devem ser aplicados através das regras que lhe dão concretude e expressam as opções da sociedade em relação às concepções dos conceitos trazidos por aqueles³²⁸; (iv) logo, aplicação direta de princípios em detrimento de regras só pode ser levada a efeito com reservas e mediante a demanda de um ônus argumentativo mais custoso³²⁹.

Neste quadro o que se nota, por tudo o que já se expôs, é que os argumentos que podem justificar a eventual aplicação direta da autotutela contra a vedação de denúncia anônima, no que tange com a linha de argumentação do STJ,

³²⁵ Neste sentido, conferir: SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (COORD.). A constitucionalização do direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 113-148.

³²⁶ Neste sentido, conferir: ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. BINENBOJM, GUSTAVO (coords). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 187 e ss.

³²⁷ MARRAFON, Marco Aurélio. Hermenêutica e complexidade nos 20 anos da constituição: momento para um equilíbrio prudente na atuação dos tribunais. In: In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (COORD.). A constitucionalização do direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, p. 362.

³²⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 165-200.

³²⁹ MARRAFON, Marco Aurélio. Hermenêutica..., p. 362.

não resiste a um processo de debate mais apurado. Apenas a referência genérica à possibilidade de aplicação direta dos princípios constitucionais da Administração Pública é que tem fundado esta prática.

Conforme resta claro, a não aplicação da regra que veda denúncia anônima se baseia, principalmente, na eventual aplicação direta do princípio da moralidade, da impessoalidade e da supremacia do interesse público.

No entanto, como se tem admitido mais recentemente, entende-se que apesar do reconhecimento da normatividade dos princípios se constituir uma importante conquista no movimento constitucionalista e pós-positivista que ganha força no Brasil a partir da luta pela efetividade da Constituição de 1988, que se consolida em meados da década de 90 do século passado³³⁰, isso não implica que as regras de direito possam ser descartadas com base em certos voluntarismos interpretativos típicos de novos jusnaturalismos e sua incessante busca de uma justiça ideal e abstrata ou novos realismos, segundo os quais o fim social se torna um critério interpretativo superador das fontes formais estatais.

Recair nessas posturas pode significar, na prática, a ruína do Estado Democrático de Direito, uma vez que a falta de densidade semântica dos princípios jurídicos faz com que eles se tornem verdadeiras “chaves-mestras” da interpretação jurídica, permitindo que se diga qualquer coisa acerca da moral, do justo ou ainda do interesse social.

Ciente das armadilhas ocultas nessas perspectivas de realização do direito, Norberto Bobbio lembra que as controvérsias entre o justo e o injusto, a moral e o imoral são praticamente insuperáveis. Como exemplo é possível citar a

³³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: *Lumen juris*, 2007. p. 203-249.

crença de Locke na propriedade como direito natural e o repúdio dessa idéia por parte de socialistas utópicos³³¹.

Sendo assim, há que se concordar com Antonio Cavalcanti Maia quando defende que:

“...falar de pós-positivismo não significa adotar uma posição radicalmente anti-positivista, mas sim propugnar por uma superação desta *démarche* teórica na busca de uma compreensão mais ‘afinada’ da vida jurídica contemporânea. Ora, por um lado, não podemos nos recusar a reconhecer as incontornáveis contribuições dadas pelos juristas filiados ao positivismo jurídico à inteligência da estrutura da norma jurídica, bem como sua preocupação com a clareza, a certeza e a objetividade no estudo do direito, tudo isso referenciado à preocupação central dos estados de direitos contemporâneos com a segurança jurídica. Por outro lado, advogar um enfoque pós-positivista não significa defender – como é, por vezes, salientado por autores críticos a esse posicionamento – um retorno a posições jusnaturalistas devedoras de concepções metafísicas incompatíveis com o atual estágio de compreensão científica”³³².

Desta feita, não há que se descuidar de uma análise apurada e colocar as questões envolvidas em seus devidos lugares.

Como já indicado anteriormente, a questão da moralidade, do interesse público, da impessoalidade, não são necessariamente incompatíveis com a vedação de denúncia anônima. Tenha-se em mente que os princípios são pontos de partida e sua concretização não pode ser feita às custas de qualquer meio, especialmente quando, no caso em debate, ela atinge dispositivos constitucionais

³³¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernanda Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: EDIPRO, 2001, p. 56.

³³² MAIA, Antonio Cavalcanti. Nos Vinte Anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. BINENBOJM, GUSTAVO (coords). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 123.

ainda em vigor (art. 5, IV), superando claros limites textuais da Constituição e das opções do legislador ordinário.

É preciso, então, para evitar arbitrariedades, identificar os parâmetros para uma correta dimensão da aplicabilidade dos princípios.

Princípios e regras jurídicas, enquanto espécies do gênero norma jurídica, operam funções diferenciadas mas interligadas no sistema jurídico. Princípios possuem maior carga axiológica e funcionam como instituidores de regras. Estabelecem, os princípios, direitos *prima facie*. As regras, por sua vez, descrevem condutas ou estruturas de modo mais objetivo, justamente porque sua finalidade é tornar aplicável na vida prática os valores contidos nos princípios através de escolhas e opções normativas indispensáveis à sua concretização. As regras, por desempenharem esta função, estabelecem direitos definitivos.

Assim compreendidos, há de se reconhecer uma relação paradoxal entre ambos, na medida em que o princípio funda a normatividade e depende de realização pela via de regra, as quais, por sua vez, apenas possuem “existência jurídica” porque aferíveis por um princípio que também lhes serve de fechamento interpretativo, dando o tom dos valores a serem juridicamente protegidos.

Um demanda o outro, com determinações recíprocas de sentido. Os princípios permitem a oxigenação do sistema, trazendo para dentro de si os conteúdos existencialmente dados em determinado período histórico. As regras especificam a aplicação dos princípios, ao mesmo tempo que existem em função deles.

Em decorrência, postula-se que na solução imediata dos casos jurídicos, deve-se dar primazia às regras, vez que os princípios apenas adquirem aplicabilidade direta em situações muito específicas, em que se impõe uma decisão que deve suportar o ônus argumentativo.

Essa exigência de priorizar as regras surge como uma tentativa de alcançar o ideal de segurança jurídica almejado pelo Direito, conforme assinala Marçal Justen Filho:

"o reconhecimento da importância dos princípios conduziu a um certo desprestígio das regras, o que é um equívoco. A existência de regras é essencial para a segurança jurídica e para a certeza do direito. A regra traduz as escolhas quanto aos valores e aos fatos sociais. Permitindo a todos os integrantes da sociedade conhecer a solução prestigiada pelo direito"³³³.

A argumentação com base em princípios é especialmente relevante nos chamados "casos difíceis". Com efeito, Ronald Dworkin diagnostica que, freqüentemente, a argumentação assentada em padrões normativos que não se adequam às características de regra jurídica, mas sim de princípios, ocorre em casos polêmicos, dotados de alto grau de problematidade³³⁴.

Para determinar quais são esses casos não existe um critério universal, uma regra definidora ou um método que seja satisfatório. No entanto, é possível afirmar que eles possuem caráter problemático porque não se vislumbra uma resposta jurídica ou então, do oposto, são detectadas inúmeras possibilidades decisórias.

Ocorre, todavia, que não parece ser esta a situação do caso aqui discutido. A denúncia anônima é vedada expressamente na Constituição e em diversos dispositivos infraconstitucionais jamais declarados inconstitucionais. O texto constitucional, ademais, não estabelece diretamente qualquer exceção. Simplesmente expressa a vedação de anonimato. Não há, ainda, uma cláusula geral do tipo "é vedado o anonimato, salvo se ele for invocado contra o interesse, o poder

³³³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo* São Paulo: Saraiva, 2003, p.53-54

³³⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

ou a moral pública". Isso não significa, todavia, que o legislador, sopesando bens constitucionais³³⁵, esteja impedido de estabelecer algum tipo de restrição nesta sede. Ora, a intervenção estatal, neste campo sempre restritiva³³⁶, será legítima desde que justificada e preserve, numa perspectiva de proporcionalidade, o núcleo essencial do direito restringido³³⁷. E, neste aspecto, a vedação do anonimato é apenas confirmada pelas regras infraconstitucionais. Eventuais restrições, destarte, poderiam ser colocadas pelo legislador infraconstitucional. Nada obstante, ao legislar sobre o "dever de investigação" (no caso do art. 143, da Lei n. 8112/90) e sobre o "dever de autotutela" (art. 53, da Lei n. 9784/99), no legislador ordinário não colocou tais deveres como exceções à vedação de denúncia anônima.

Também não há suporte fático que autorize a conclusão de que a vedação de denúncias anônimas, inevitavelmente, criará embaraços ao Poder Público no que tange com a anulação de atos ilegais. Poderá criar algum custo, sim, na aplicação de sanções ao agente público que cometeu a ilegalidade, mas isso integra o chamado "ônus da democracia", da aplicação do devido processo legal.

A importância de valorizar as regras estabelecidas pela via da legislação democraticamente elaborada, destarte, surge como corolário do Estado Democrático de Direito, que tem o princípio da legalidade como seu pilar fundamental, imprescindível para que os cidadãos tenham condições de prever as condutas lícitas ou não. Na lição de José Afonso da Silva:

"a lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política. Ato de decisão política por excelência, é por meio dela, enquanto emanada da atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de

³³⁵ Conferir Virgílio Afonso da Silva, ao demonstrar que a atividade de restrição realizada pelo legislador ordinário é atividade de sopesamento em vista de um caso concreto: SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 140 (nota de rodapé n. 64).

³³⁶ Idem, p. 65-125.

³³⁷ Idem, p. 183-208.

conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses”³³⁸.

Para Jorge Reis Novais o princípio da legalidade consagra, ainda, a idéia da segurança jurídica, uma vez que "sem a possibilidade, juridicamente garantida, de poder calcular e prever os possíveis desenvolvimentos da actuação dos poderes públicos susceptíveis de repercutirem na sua esfera jurídica, o indivíduo converter-se-ia, em última análise com violação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, em mero objeto do acontecer estatal³³⁹.

Com efeito, além da possibilidade de antever as condutas juridicamente reguladas, a noção de segurança jurídica implica na faculdade de invocar o aparato jurídico como garantia de segurança social, através do instrumental dogmático disponível, formado pelas normas de direito objetivo integrantes da ordem legal e também por inúmeros princípios de cariz constitucional, tais como o princípio legalidade, princípio ampla defesa, princípio da irretroatividade da norma, princípio da presunção de constitucionalidade das leis, entre outros.

Esses princípios permitem que se vislumbre na ordem constitucional um bloco de direitos fundamentais que atentam para a necessária preservação da segurança jurídica, garantia de cidadania e previsibilidade jurídica, cuja origem remonta aos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, estabelecidos no art. 5º, incisos XXXVI a LXXIII, da Constituição da República de 1988.

Por certo, a idéia de segurança jurídica não pode servir para justificar qualquer direito positivo existente, mas sim deve acompanhar a concretização da justiça, em especial quando se trata de garantia fundamental do cidadão, na forma assentada constitucionalmente.

³³⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6 ed. São Paulo: RT, 1990, p.107

³³⁹ NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 262.

Na situação aqui desenhada, percebe-se que a aplicação autônoma do princípio da moralidade e da impessoalidade sem a devida contextualização e adequação, contra regras inequívocas que vedam a denúncia anônima, acaba promovendo a violação de uma outra série de princípios constitucionais de igual relevância jurídica, como o contraditório, a ampla defesa, a defesa da honra, da imagem e, dentre eles, também, a segurança jurídica, em especial manifestada através do princípio da presunção de constitucionalidade das leis.

Por isso, em caso de se configurar uma aparente colisão, a aplicação de um princípio deve gerar menos danos à ordem constitucional do que os prejuízos causados pela violação dos outros princípios. Na situação em comento, contata-se que a aplicação dos princípios da moralidade, da impessoalidade e da supremacia do interesse público, para afastar a aplicação das regras que vedam a denúncia anônima, acarreta grave prejuízo aos princípios acima declinados.

Daí porque é preciso concordar que a constitucionalização do direito, se entendida de modo apressado, pode acarretar alguns efeitos indesejáveis que devem ser evitados.

Ciente da problemática, Luis Roberto Barroso aponta duas conseqüências negativas da má compreensão desse fenômeno teórico no direito brasileiro contemporâneo: a primeira de natureza política, ocasionada pelo enfraquecimento do poder democrático majoritário e pelo desprestígio da legislação ordinária e a segunda de natureza metodológica, pois a textura aberta e vaga de algumas normas constitucionais podem levar ao decisionismo judicial³⁴⁰.

Com base nesse diagnóstico, citado constitucionalista é taxativo ao destacar a importância de coibir tais efeitos. Notadamente em relação à prática do chamado decisionismo, diz ele:

³⁴⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 391-392.

É indispensável que juízes e tribunais adotem certo rigor dogmático e assumam o ônus argumentativo da aplicação de regras que contenha conceitos jurídicos indeterminados ou princípios de conteúdo fluido. O uso abusivo da discricionariedade judicial na solução de casos difíceis pode ser extremamente problemático para a tutela de valores como segurança e justiça, além de comprometer a legitimidade democrática da função judicial"³⁴¹.

Para tanto, nos mesmos termos da linha de raciocínio e da proposta esboçada no presente estudo, Luis Roberto Barroso propõe dois parâmetros metodológicos a serem seguidos pelos intérpretes em geral, quais sejam:

- a) preferência pela lei: onde tiver havido manifestação inequívoca e válida do legislador deve ela prevalecer, abstendo-se o juiz ou o tribunal de produzir solução diversa que lhe pareça mais conveniente;
- b) preferência pela regra: onde o constituinte ou o legislador tiver atuado, mediante a edição de uma regra válida, descritiva da conduta a ser seguida, deve ela prevalecer sobre os princípios de igual hierarquia que por acaso pudessem postular incidência na matéria.

Ora, transpondo essas lições para o caso em tela, verifica-se que as leis ordinárias federais que tratam da matéria (i) contêm “manifestações inequívocas e válidas do legislador”. Daí a aplicação do critério da preferência da lei em detrimento da aplicação direta dos princípios na situação aqui analisada, mesmo porque, reforça-se, ele “*concretiza os princípios da separação dos poderes, da segurança jurídica e da isonomia*”³⁴².

Também é visível que deve ser aplicado o critério da preferência pela regra, vez que os dispositivos legislativos amplamente citados acima são válidos e

³⁴¹ Idem, p. 392

³⁴² Idem, p. 393.

descrevem condutas específicas a serem seguidas, merecendo o privilégio da prioridade.

Logo, portanto, pelo que se expôs, a interpretação predominante do STJ, que admite denúncia anônima, ao não conceber a possibilidade de qualquer sopesamento ou relativização da autotutela ou do dever de investigar: (i) tem tratado princípios como se regras fossem, (ii) tem autorizado a aplicação direta de princípios constitucionais abertos e indeterminados contra texto de lei e contra regra válida no sistema, (iii) tem criado insegurança jurídica, (iv) tem cerceado a ampla defesa, na medida em que a não identificação do denunciante impede a eventual possibilidade de provar abuso de poder ou desvio de finalidade.

Todas as críticas lançadas ao modelo de interpretação predominante no STJ, sob a justificação de aplicação autônoma dos princípios da moralidade, impessoalidade, interesse público etc., servem também para o modelo de interpretação predominante no STF.

Com efeito, e de acordo com o que se demonstrou, as soluções colecionadas na experiência do Supremo Tribunal Federal mostram que nesta Corte a questão vem sendo trabalhada a partir de uma dogmática estritamente principiológica. As soluções apresentadas, normalmente, reportam-se à necessidade de realização de juízos de ponderação em cada caso concreto. Com efeito, na decisão proferida no MS 24.369-DF, todo o raciocínio é construído a partir de enunciados constitucionais tomados pressupostamente como princípios. Quanto a isso, de partida, nenhum problema. Há relevante produção teórica que defende que direitos fundamentais são princípios³⁴³, e nada impede que este entendimento fique pressuposto no discurso. Na argumentação, perceba-se, o Ministro relator coloca, de um lado, a vedação do anonimato (art. 5, IV) e, de outro,

³⁴³ Conferir, exemplificativamente: FIGUEROA, Alfonso García. Princípios e direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (COORD.). A constitucionalização do direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 3-34. No mesmo sentido: SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais... cit, p. 108-113, ao defender a teoria do suporte fático amplo.

legalidade (art. 5, II) e moralidade (art. 37, *caput*). Toda a construção da decisão leva em consideração uma abordagem genérica desses princípios e, reiteradas vezes, refere-se à necessidade de resposta com base na ponderação, que seria método racional de decisão. Ao fim a decisão nega a liminar e admite o processamento de denúncia anônima afirmando que:

"Na realidade, o tema pertinente à vedação constitucional do anonimato (CF, art. 5º, IV, *in fine*) posiciona-se, de modo bastante claro, em face da necessidade ético-jurídica de investigação de condutas funcionais desviantes, considerada a obrigação estatal, que, imposta pelo dever de observância dos postulados da legalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativa (CF, art. 37, *caput*), torna imperioso apurar comportamentos eventualmente lesivos ao interesse público. Não é por outra razão que o magistério da doutrina admite, não obstante a existência de delação anônima, que a Administração Pública possa, ao agir autonomamente, efetuar averiguações destinadas a apurar a real concreção de possíveis ilicitudes administrativas...

...

Esse entendimento tem o beneplácito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal".

O curioso, com a devida vênia, é perceber que toda a fundamentação construída no voto poderia conduzir, ao final, a uma conclusão absolutamente diferente. Ademais, em nenhum momento o voto tece considerações às disposições legais e regras que vedam expressamente o anonimato. Todo o raciocínio se dá no plano da normatividade constitucional, com total abstração das opções do legislador ordinário.

Na decisão proferida no julgamento do Inquérito nº 1.957-PR, o STF, através de julgamento levado a efeito no Plenário, deixou evidente que o anonimato é postura afrontosa ao Estado de Direito, indigna de acolhimento ou defesa, desprovida inclusive da qualidade jurídica documental que eventualmente

pretenda ter (quando escrita ou reduzida a termo). Contudo ela é apta a deflagrar procedimento de mera averiguação da verossimilhança se portadora de informação dotada de um mínimo de idoneidade. A delação anônima, destarte, seria postura repudiada em nosso direito constitucional pelo simples fato de colocar em risco a integridade do sistema de direitos fundamentais.

Ou seja, com pequenas nuances entre os Ministros, firmou-se tese no sentido de que a delação de autoria desconhecida não é instrumento dotado de juridicidade, pois se constitui num desvalor em face do próprio ordenamento jurídico que o repudia. A despeito de se tratar de um desvalor, caso a denúncia anônima releve indícios confiáveis dos fatos por ela encaminhados, não pode o aparelho estatal que recebe a informação simplesmente ignorar a *notitia*. Assim, um juízo de ponderação autorizaria a superação desse desvalor para que a investigação da ilicitude seja eventualmente levada a efeito "com descrição e cautela".

Conclui-se, mais uma vez: apesar da lei, apesar da regra, no plano principiológico, o juízo de ponderação permite o afastamento das decisões do legislador que, por sua vez, também são juízos de sopesamento entre bens constitucionais, todavia realizados em seara diversa.

Daí, então, o resultado prático da jurisprudência do STF supera uma das críticas antes delineada à jurisprudência do STJ: no STF a autotutela, a moralidade, a legalidade etc., ao serem tratados como princípios, não são absolutizados. Contudo o entendimento ainda permite o afastamento de regras e de opções legislativas que teriam "preferência" de incidência na solução do caso concreto.

Apesar do entendimento fixado no âmbito dos tribunais superiores, como se demonstrou, o presente ensaio defende a tese de que a denúncia anônima, ao menos no campo de processos disciplinares, é vedada em nosso sistema

jurídico. A Constituição, expressamente, veda o anonimato. A legislação infraconstitucional, revestida de presunção de legitimidade, por sua vez, também veda, em mais de um dispositivo e em mais de um diploma, a denúncia anônima.

Se o problema for tratado no "plano de regras", os dispositivos que se referem à autotutela e ao dever de investigar não substanciam exceções à vedação de denúncia anônima.

O dever de investigar subsiste desde que a denúncia não seja proveniente de delação anônima. A lei cria, primeiro, o dever de investigar e, em seguida veda a denúncia anônima. Assim, até mesmo pela forma como se deu a construção legislativa no seio da Lei 8112/90, não se trata de "vedação de denúncia anônima que pode ser excepcionada em vista do dever de investigar", mas o que se tem é "dever de investigar, exceto se a denúncia for anônima".

A previsão legislativa de autotutela eventualmente aplicável aos processos disciplinares, decorrente de aplicação subsidiária da Lei n. 9784/99, é autorizada – ou imposta, melhor dizendo, pois a lei usa o termo *dever* – para a anulação dos atos "eivados de ilegalidade". A autotutela aplica-se, portanto, para nulificar o produto da atuação do agente político, o "ato ilegal". A punição disciplinar do agente que cometeu a ilegalidade é coisa distinta. Este intento é possível, mas se submete a um regime jurídico em que a autotutela encontra limite em face do devido processo legal, previsto na Constituição e delineado na legislação infraconstitucional, que não aceita a denúncia anônima nesta sede punitiva.

Ainda que se considere a discussão no plano principiológico, deveras, há que se reconhecer que várias soluções, de mérito e metodológicas, seriam possíveis.

Assim, pressupondo os riscos, os perigos subjacentes a uma exacerbada principiologização, parece necessário tomar-se o cuidado de dar preferência para a aplicação dos princípios através da mediação legislativa, manifestando, aqui, o estudo, uma clara opção pela primazia da regra, produto do legislador democrático, desde que, como sucede no caso em tela, o sopesamento legislativo não esteja revestido de flagrante inconstitucionalidade e respeito, portanto, os pressupostos constitucionais exigidos para as medidas de restrição.

Todavia, nada obstante os riscos que a análise pode trazer neste "plano dos princípios", não é de destituído de fundamentos sólidos o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, ao conduzir o debate como se o problema fosse, sempre, uma questão de pura colisão entre princípios. Neste caso, então, poder-se-ia admitir o sopesamento judicial mesmo contra as regras legais dotadas de constitucionalidade. Porém este procedimento, sem dúvida, demandará um ônus argumentativo maior, principalmente no que tange com a leitura dos bens concretamente envolvidos na colisão.

A prevalecer esta linha de interpretação, que não é a que se defende no presente texto, seria legítimo sustentar, nas situações em que restaria autorizada, no caso concreto, a denúncia anônima, a abertura do processo disciplinar ficasse condicionada a uma prévia instauração de sindicância com o fim de averiguar alguns elementos que indiquem um mínimo de seriedade da denúncia anônima. Ou seja, em tais hipóteses o processamento deveria, sempre, ficar condicionado à prévia instauração de investigação preliminar.

Afinal, certo é que a instauração de sindicância não é providência obrigatória para todos os casos. No entanto, diante de situações em que não existam elementos suficientes para a criação da Portaria de instalação do processo disciplinar, impõe-se a instauração de sindicância para que sejam reunidos estes elementos básicos.

Portanto, como conclusão da análise do caso apresentado no contexto do presente ensaio, é possível notar toda a complexidade do processo de constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil. Afinal, tanto o entendimento dominante no âmbito do Supremo Tribunal Federal como no Superior Tribunal de Justiça desenvolvem-se a partir do discurso da constitucionalização. No âmbito do STJ, sem maiores explicitações, trabalha-se num “plano de regras”, faz-se abstrações em relação à necessidade de uma compreensão sistemática e absolutiza-se o interesse público, constitucionalmente protegido, de descoberta da verdade, indisponibilidade do interesse público e o conseqüente “poder-dever” de investigação. No campo do STF, trabalha-se num plano de princípios. Todavia, quando se trata de sopesar os interesses e direitos em jogo, há apenas referências genéricas aos direitos em colisão, o que possibilita a tomada de qualquer decisão na conclusão do caso concreto.

Destarte, a análise tomada como pretexto apenas reforça a necessidade de um cuidado especial, quando se trata de construção de um processo de constitucionalização do Direito Administrativo, de um ônus argumentativo ou de um esforço de justificação mais robusto das decisões. A simples referência genérica a dispositivos, sejam de direitos fundamentais ou princípio constitucionais, pode, como se explicitou, possibilitar a construção de compreensões que não resistem a uma argumentação intersubjetiva sólida ou aceitável ou a manutenção de tradições autoritárias legitimadas sob o manto do discurso democrático.

[voltar ao índice ▲](#)

[início do texto ▲](#)

AS ADMINISTRAÇÕES PÚBLICAS LOCAIS NUMA PERSPECTIVA SUPERDIMENSIONADA

Ciro di Benatti Galvão

RAZÕES DE UMA ESCOLHA

A opção pela análise da influência exercida pela gestão pública local em contextos ou ambientes administrativos supralocais decorreu da constatação de que em âmbitos globalmente interdependentes um processo de governança quando feito de forma racional por uma dimensão político-administrativa acaba repercutindo positivamente em outra(s) de forma que se pode dizer que desconsiderar esse fato é negar a própria continuidade necessária de superação da visão conservadora do direito administrativo na qual imperava a lógica da prevalência da autoridade central (no que diz respeito à condução da vida dos cidadãos) sob as esferas governativas locais ou regionais consideradas meras ramificações suas e, portanto, de menor importância.

O tema propicia a abordagem de outros aspectos também atraentes para quem aprecia o estudo de assuntos de direito público e que com ele se correlacionam tais como: a evolução da figura do Estado (mediante os processos de reformas administrativas); métodos de governança; interação dialógica ou consensual com vistas a procedimentos de desenvolvimento e integração de ordem social e construção identitária, dentre outros pontos que acabam enriquecendo e auxiliando a sua compreensão. Por isso, também, a inclinação pela adoção do seu estudo.

INTRODUÇÃO

A temática escolhida como foco de análise e desenvolvimento no presente relatório abordará a questão (embora muitas vezes pouco desenvolvida) da importância ou

relevância da influência da administração pública local no procedimento de atuação administrativa em âmbitos superdimensionados, mediante a utilização do instituto do cooperativismo administrativo local, exemplificado, aqui, mediante a referência aos ‘consórcios públicos’ (no Brasil) e às ‘associações municipais’ (em Portugal).

Na realidade contemporânea o desenvolvimento de determinada localidade, bem como de qualquer outra esfera ou dimensão político-administrativa somente tem razão de ser se houver a preocupação com a implementação de um processo de governança que tenha como cerne de sua atenção os cidadãos e os seus direitos fundamentais. Sendo assim, desenvolver-se-á a idéia de que o estímulo ou fomento à atividade de cooperação administrativa local atua como catalisador do desenvolvimento das populações citadinas com ganhos para realidades ou contextos populacionais maiores. Dessa forma, qualquer outra ótica de compreensão da expressão ‘desenvolvimento’ restará comprometida ou sem muito propósito.

Em tempos em que se fala em superação ou diminuição dos Estados Nacionais, ou seja, dentro de uma realidade pós-nacional (em que não se restringe a importância da compreensão e aperfeiçoamento social apenas à figura de um ente central de expressão do poder governativo) oriunda do processo de mundialização ou globalização, pode soar estranho ou, até mesmo, absurdo (em uma primeira vista) tratar do assunto da valorização ou estímulo de estruturas administrativas ‘subnacionais’. A lógica seria discorrer acerca de formas organizacionais supranacionais e explicar ou entender a influência que as mesmas teriam nos contextos sociais internos de determinada nação.

Contudo, o caminho a ser traçado aqui será o inverso. A meta ou objetivo é explicar que dentro de uma nova visão acerca dos processos de governança e de consensualidade administrativa, a questão da atuação por cooperação entre os entes administrativos locais assume um papel significativo no desenvolvimento social como um todo e que a decisão tomada pelas realidades administrativas citadinas de conjugarem esforços, constituindo uma rede de intercâmbio de práticas administrativas, potencializa as chances de realidades supralocais, ou seja,

de realidades que extrapolam as suas próprias dimensões geográficas, também auferirem benefícios através dessa interação.

Como manifestação ou concretização da citada atuação ou comportamento interventivo local em esferas superdimensionadas, apontar-se-á, como já inicialmente dito, o fenômeno do cooperativismo ou associativismo local, alertando-se para o fato de que, mediante os necessários processos de reformulação da figura estatal (ou estadual, como queiram), a atividade e a estruturação administrativa também se viram forçadas a se aperfeiçoar e a se tornar criativas em todos os níveis administrativos de concretização decisória.

As relações interadministrativas em âmbito local – fulcradas no processo de cooperativismo ou mútua colaboração – certamente são frutos ou reflexos quase que imediatos da reformulação e modernização da atuação ou agir da Administração Pública, bem como do necessário reforço da autonomia local e do desenvolvimento da relação de respeito entre o poder público e a sociedade civil.

Afinal, a partir do momento em que é tomada a decisão, por mais de uma localidade administrativa de, mediante em um acordo juridicamente formulado, alcançarem conjuntamente determinados fins, superando determinada problemática que a elas seja comum, a preocupação ou, melhor dizendo, a intenção dessas realidades locais é prosseguir algum interesse público também comum, atendendo, num primeiro momento, expectativas e demandas sociais de cada uma ('ação estratégica' – na visão habermasiana), mas, por via indireta, digamos assim, atendendo às expectativas de esferas e perspectivas administrativas macro em termos de governança, desenvolvimento e integração social.

A base argumentativa utilizada para se chegar à compreensão da idéia de aprimoramento ou desenvolvimento das esferas administrativas superdimensionadas será o aprofundamento da questão da governança em âmbito local mediante a valorização da interação dialógica das entidades político-administrativas locais, favorecendo o aspecto das suas autonomias e, por conseqüência, de sua atuação governativa.

De forma mais objetiva, quer-se dizer que será defendida a idéia de que o alcance de maior desenvolvimento e/ou aprimoramento da atuação governativa em

realidades administrativas supralocais está jungida, atualmente, a uma racional governança administrativa realizada em nível local, sendo que os processos de cooperativismo entre localidades podem ser tidos como exemplos dessa afirmativa.

Alerta-se para o fato de que assuntos ou aspectos que tangenciam o foco principal do trabalho e que com ele guardam pertinência temática, tais como o da descentralização administrativa, o reforço da autonomia local, bem como a aplicabilidade do princípio da subsidiariedade, também serão objeto de análise mesmo que de forma não tão aprofundada para que, ao final, se possa afirmar que da efetividade do comportamento ou da governança racional das localidades administrativas, dimensões que extrapolam os contornos político-organizacionais das mesmas acabam, por via reflexa, tendo sua própria atuação beneficiada, principalmente no que diz respeito à concretização de políticas públicas.

A partir de então, será possível chegar à conclusão de que, em tempos atuais, os contextos locais de desempenho da atividade administrativa acabam sendo detentores de importantes papéis, deixando de ser vistos sob a ótica e/ou lógica oitocentista pertencente ao Direito Administrativo na qual eram tidas como meras extensões da execução centralizada da atividade administrativa, passando a ter relevante impacto decisório.

Por ter o referente estudo um caráter ou viés comparativo, o processo de governança local em conjunto (e, a sua conseqüente repercussão em esferas macro de atuação administrativa) será tratado, sob a perspectiva brasileira, de acordo com a sua importância em nível nacional, visto que a influência das localidades administrativas numa visão supranacional – em se tratando do ordenamento jurídico brasileiro – não se mostra muito fértil (mesmo diante da figura do Mercosul – que é uma realidade ainda incipiente). Já no que tange à repercussão em uma esfera supranacional mais consistente, a perspectiva a ser adotada será a da viabilidade das possível e desejável influência das realidades administrativas locais portuguesas no contexto da União Européia já que, aqui, o terreno se mostra mais propício a esse tipo de abordagem.

Dessa forma, o itinerário a ser percorrido no presente trabalho será o seguinte: no capítulo primeiro será definido o referencial teórico justificador do processo cooperativo entre os entes locais. Em seguida, no capítulo segundo, será aprofundada a questão da razão de ser, ou seja, dos motivos que proporcionam a existência do processo de associativismo local e, suas manifestações e repercussões em ordens socioadministrativas supralocais (em âmbito nacional e supranacional). No terceiro capítulo, será feita alusão à inserção das realidades administrativas locais no contexto de pós-reformas administrativas do Estado e da incidência da globalização de um modo mais generalizado para que, no último capítulo, seja feita a abordagem da pertinência do processo de associativismo local dentro da perspectiva da denominada ‘governança multinível’, permitindo que dentro deste quadro se possa visualizar a viabilidade dos reflexos que da cooperação administrativa interlocal podem advir para contextos macro.

CAPÍTULO 1 – REFERENCIAL TEÓRICO JUSTIFICADOR DO PROCESSO COOPERATIVO ENTRE OS ENTES LOCAIS: A RACIONALIDADE COMUNICATIVA DE HABERMAS

O foco teórico do presente trabalho está na ‘teoria da ação comunicativa’ desenvolvida por Habermas e, através dela, pode-se dizer, de antemão, que o agir comunicativo nada mais é do que a resposta à indagação de como se elaborar ou alcançar, de forma legítima, a busca por consenso (acerca de determinadas problemáticas) e por melhor integração social.

Explica-se: se, antigamente, essa integração dava-se, principalmente, pela tradição e, até mesmo, pelo fascínio e medo causado pela sacralidade de instituições arcaicas, atualmente, nas sociedades modernas e complexas, ela poderá ser obtida, principalmente, mediante o entendimento e a razão comunicativa que, valendo-se da utilização da linguagem intersubjetivamente compartilhada – ‘atos de fala’ –, acopla-lhe critérios públicos de racionalidade.

Segundo HABERMAS³⁴⁴, “a ação comunicativa se baseia em um processo cooperativo de interpretação em que os participantes se referem simultaneamente a algo no mundo objetivo, no mundo social e no mundo subjetivo”.

Essas três esferas formam, conjuntamente, o denominado ‘mundo da vida’ que é a representação da relação indivíduos-instituições, intermediada por ações lingüísticas garantidoras da racionalidade comunicativa. Na visão de HERRERO³⁴⁵ essa relação é baseada nos atos de fala que levam a pretensões de validade sujeitas a críticas e fundamentadas sobre a força do melhor argumento.

De acordo com PINENT³⁴⁶, no processo dialógico estabelecido, os ‘atos de fala’ constituiriam “as relações que os falantes estabelecem entre si quando se referem a alguma coisa no mundo”.

Não são atos meramente comunicativos, mas atos de um discurso a ser estabelecido, ou seja, eles possuem não apenas uma função de externalização de idéias, valores, opiniões, mas detêm uma função muito mais nobre: a de causar algum efeito no discurso alheio – seja convencendo os demais participantes do discurso, seja forçando-os, pelo melhor argumento, a questioná-los ou inverter o desejo de convencimento³⁴⁷. A função argumentativa lhe é mais importante, afinal. Trata-se, como observa NOGUEIRA³⁴⁸, de uma “coação não-coativa, pois não há

³⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. “Teoria de la acción comunicativa II: crítica de la razón funcionalista”. Trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid: Taurus, 1999, p.171.

³⁴⁵ HERRERO, apud MOREIRA, Luiz. “Fundamentação do Direito em Habermas”. 3ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p.45.

³⁴⁶ PINENT, Carlos Eduardo. “Sobre os mundos de Habermas e sua ação comunicativa, p.50-51. Disponível em: <http://www.adppucrs.com.br/revista.html>. Acesso em: 15 de abril de 2009.

³⁴⁷ Em uma análise merecedora de destaque, Jennifer Mitzen assevera que a ação comunicativa ou a troca de razões orientada para determinado entendimento é o centro da teoria da esfera pública em Habermas, sendo que a troca existente entre os participantes em termos de argumentos pertinentes aos seus pontos de vistas acerca de determinada questão, acaba por, tacitamente, significar que os falantes se sentirão desafiados a oferecer razões para convencer o outro ou se deixar convencer. Nas palavras da autora: “Communicative action, or the Exchange of reasons oriented toward understanding, is the heart of public sphere theory. Communicative action builds from the premises that reason is intersubjectively constituted and inheres in linguistic communication. In everyday utterances, speakers raise validity claims –claims about what is objectively true or morally right for the group –and there is a tacit, shared expectation that, if challenged, a speaker can offer acceptable reasons. The exchange of validity claims constitutes the process of argument, and consensus resulting from such argument is the ideal form of social integration”. MITZEN, Jennifer. “Reading Habermas in Anarchy: Multilateral Diplomacy and Global Public Spheres”. American Political Science Review, vol. 99, n.3. Cambridge: Cambridge Press, 2005, p.403.

³⁴⁸ NOGUEIRA, Clayton Ritnel. “A Teoria Discursiva de Jürgen Habermas”. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/21586>, p.4. Acesso em: 15 de abril de 2009.

uma coação explícita, mas implícita através daquele que possui o melhor argumento”.

O ‘mundo da vida’ no qual eles se manifestam é, por essência, um mundo comunitário³⁴⁹ que pressupõe co-presença de outros, garantindo os atos de fala que levam ao entendimento. Sintetizando essa idéia, MOREIRA³⁵⁰ diz que na “*na razão comunicativa o agir é orientado para o entendimento, pois, tendo a linguagem como ‘medium’, o entendimento lhe é acoplado*”.

O mundo objetivo representa a relação indivíduos-instituições intermediada por ações lingüísticas e racionais. Sintetizando, é o cenário ontológico do ser social e legitima-se através da linguagem, que é o seu veículo de mediação.

Já o mundo social totaliza o processo de relações sociais interpessoalizadas na vida dos sujeitos, conforme observa SILVA³⁵¹. O ambiente cotidiano é o local onde se pode definir a existência desse mundo, pois, nele, os sujeitos vivem e se relacionam comunicativamente, expressando o conhecimento adquirido em experiências próprias do mundo subjetivo e, exteriorizando seus argumentos, que constituirão novos valores e novas verdades determinadas a partir do processo social de construção da realidade.

Nesse sentido, o que é socialmente verdadeiro é o que é socialmente processado pelos indivíduos e legitimamente expressado de forma interpretativa por eles na cotidianidade. Por isso, esse ‘mundo-social’ é fundamentado pelo conteúdo das relações, nas quais o pressuposto de verdade, a partir da interação dos sujeitos pelos atos comunicativos, é construído com base legítima nas ações e na visão de mundo expressada na busca de uma razão consensual.

A esfera subjetiva (‘mundo subjetivo’), diferentemente das esferas anteriormente explicadas, não está situada no universo externo da vida dos sujeitos. Está ligada

³⁴⁹ A expressão ‘comunitário’ refere-se, aqui, à vida de relação em dado contexto social, ou seja, vida em comunidade.

³⁵⁰ MOREIRA, Luiz. “Fundamentação do Direito em Habermas”. 3ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p.102. Jennifer Mitzen também defende esta idéia, pois, para ela, a ação comunicativa é construída a partir da premissa de que a razão é intersubjetivamente constituída e inerente à comunicação lingüística. Cfr, nestes termos, MITZEN, Jennifer. Op. cit, p. 403.

³⁵¹ SILVA, Sérgio Luís P.. “Razão instrumental e razão comunicativa: um ensaio sobre duas sociologias da racionalidade”. *Cadernos de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas*, n.18, maio, 2001. Disponível em: <http://www.cfh.ufsc.br/~dich/Texto%20do%20Caderno%2018.doc>. Acesso em: 15 de abril de 2009.

aos seus limites internos, nos quais se totalizam as experiências adquiridas, vivenciadas e transformadas em conhecimento subjetivo (pessoal), que é reconhecidamente válido e necessário para exteriorizar a ação e razão no aspecto comunicativo.

Todas essas três esferas se referem a totalizações diferentes que abarcam desde o processo de relação formal entre sujeito e instituições formais constituídas, até as experiências cognitivas adquiridas pelo sujeito no processo cotidiano de suas relações sociais.

Dessa forma, os integrantes, atores ou participantes desse processo se valem dessas três esferas como marco de interpretação dentro do qual elaboram as definições comuns acerca de uma dada situação real representativa de um fragmento do 'mundo da vida', perseguindo, de comum acordo, uma ação orientada para o entendimento.

Correto dizer, portanto, que o processo do agir comunicativo possui dois aspectos que devem ser considerados: um teleológico, ou seja, de execução de um plano de ação e realização de fins; e outro denominado comunicativo de interpretação de determinada situação (que, no caso em análise, irá se referir à situação problemática da ineficiência e da insuficiência – seja financeira, seja técnica ou de 'know-how' – da prestação de serviços de relevância social por, apenas, uma localidade administrativa) com vista ao alcance ou obtenção de um acordo, de um entendimento e, conseqüente melhoria em termos de governança ou gestão pública.

Como já explicado, o mundo da vida pode ser entendido como o lugar transcendental no qual o(s) falante(s) e o(s) ouvinte(s) se encontram para expressarem criticamente seus argumentos, exibirem os fundamentos de suas pretensões, resolverem os desentendimentos e chegarem, finalmente, a um consenso/acordo.

Contudo, os integrantes somente atingirão os fins almejados se forem capazes ou hábeis a cobrir a necessidade de entendimento preciso, aproveitando as possibilidades de ação que lhes são oferecidas pela situação concreta.

Trazendo tal raciocínio para o tema proposto, tem-se a incidência do instituto dos consórcios públicos que exemplifica de forma atual, no contexto brasileiro, o fato de que tanto o setor público em seus diferentes níveis, bem como a própria sociedade civil deve trabalhar a idéia de cooperação (alcançada através da utilização do diálogo) para que realmente haja uma superação da problemática das dificuldades financeiras e técnicas que na grande maioria das vezes inviabiliza as prestações positivas e de relevância social e o alcance de um maior desenvolvimento local e, quiçá nacional.

Já no contexto jurídico lusitano, a manifestação do processo cooperativo entre as administrações públicas locais será verificada mediante a referência aos institutos das ‘associações municipais’ que, assim como os ‘consórcios públicos brasileiros’, também visam à otimização da prestação de serviços de relevância social com mais qualidade e eficiência para as populações.

Assim, o êxito conseguido através da ação teleológica e o consenso alcançado por meio de um ato de entendimento constituem critérios ou norteadores para se chegar a um bom ou mau sucesso nos esforços para dominar a situação concreta. Em todo caso, é bom lembrar, podem os atores envolvidos alcançar seus objetivos por outras vias que não a comunicativa, embora essa seja a preferencial ou desejável (principalmente, face à utilização da adjetivação mais atual da atuação administrativa como sendo ‘concertada’, ‘participada’).

É fato dizer que o entendimento está associado à idéia de esforços mútuos de interpretação da situação concreta através dos quais se pretende evitar dois riscos: o de que o entendimento (como objetivo final) venha a falhar, ou seja, ocorra um desentendimento ou mau entendimento e, o de que o próprio processo de ação ou integração pereça. Contudo, o mero fato de se ter um processo discursivo ou de debate já tem o seu mérito por permitir que haja melhor participação de vários entes, instituições e, da sociedade civil interessada no que se refere à problemática posta em debate³⁵².

³⁵² Em princípio, o melhor é que realmente à linguagem estivesse ligada ou vinculada a idéia de entendimento. Porém, não se ignora a existência de argumentos contrários que aqui possam surgir, alegando que nem sempre é possível fazer verificar a incidência de um acordo ou entendimento mediante o diálogo. Por isso, se diz que seria a situação desejável (ainda mais em tempos em que se fala da denominada Administração Pública consensual), não querendo, ao mesmo tempo, ela significar que se trate de algo inalcançável. Muito pelo contrário, pois a externalização de

Valendo-se do estudo dessa teoria, incorreção nenhuma há em se tentar estabelecer, em termos de gestão administrativa pública, uma interação entre os interesses das diversas unidades ou localidades administrativas com o objetivo maior de se alcançar o incremento ou realização do interesse da sociedade tanto em nível local numa primeira vista, quanto em nível ou âmbito macro, ou seja, regional, nacional e, quiçá, supranacional.

A moderna literatura sociopolítica sobreleva o papel das instituições de consenso na construção de sociedades livres, em substituição aos sistemas que se fundam fortemente nas instituições de comando.

Bem lembra MOREIRA NETO³⁵³ o papel do consenso na evolução das culturas e no desenvolvimento quando diz que *“(...) está na cooperação o tipo de relacionamento que possibilita a coordenação de diversas expressões de poder para o atingimento de fins comuns, desenvolvendo virtudes sociais como a tolerância e a confiança, possibilitando a concertação de vontades e o surgimento do consenso”*.

Embora consciente de que essa relação dialógica a ser estabelecida, por certo não possa ficar limitada, somente, às esferas dos poderes públicos envolvidos, pois o papel da sociedade civil e os interesses desta devem ser, com muito mais razão, levados em consideração antes da chegada de um pretenso acordo, neste trabalho a sua intervenção não será direta (como seria o ideal³⁵⁴). A participação das sociedades civis será pressuposta face à intervenção no processo dialógico das esferas governativas que as representam.

A necessidade de ouvir os argumentos e idéias apresentadas pelo corpo social é de suma importância porque, diante do processo de transformação do Estado e da implementação de um método ‘gerencialista’ da administração, voltada para o alcance de resultados com qualidade, é ela que garantirá legitimidade às decisões que serão tomadas e estabelecidas no acordo pretensamente a ser realizado.

experiências, técnicas de gestão, de métodos administrativos e organizacionais viáveis e racionais (como podem ser os processos de associativismo locais) podem, sim, fazer com que situações problemáticas venham a ter uma solução tendo a linguagem e a argumentação como mediadoras ou ferramentas de intermédio entre o que é socialmente pleiteado e as organizações/estruturas administrativas.

³⁵³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *“Mutações do Direito Público”*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.316.

³⁵⁴ Já HABERMAS *apud* MOREIRA, Luiz, 2004, *op.cit.*, p. 57, lembra que *“os cidadãos são reconhecidos como tais porque são a sede do poder político”*.

Assim, com base nessa premissa e sabendo-se que, na atual conjuntura socioeconômica, cada vez menos, há possibilidades de um único ente administrativo, por conta própria, arcar com todas as despesas sociais diretamente, bem como promover ou tornar viável o acatamento e solução de todos os reclames da população a ele subordinada, será desenvolvida a idéia do associativismo ou cooperativismo local (a exemplo dos consórcios públicos no Brasil e das associações municipais em Portugal) como alternativa apta a atender os interesses de cunho significativo para o bem-estar social ao mesmo tempo em que passa a representar o ideal de consensualidade administrativa.

Para tanto, dever-se-á observar os limites traçados em âmbito normativo brasileiro pela Lei 11.107/05, assim como, em âmbito português os traçados pela Lei n. 45 de 2008 de 27 de agosto, bem como as disposições oferecidas pelos documentos da União Européia acerca do tema (a exemplo da 'Carta Européia de Autonomia Local' e o 'Livro Branco sobre a Governança') de forma que se deve ter sempre em mente a utilização de forma proba e razoável de tais institutos, preservando-se a inerente finalidade pública que por eles deve ser resguardada.

CAPÍTULO 2 - RAZÃO DE SER OU JUSTIFICATIVA DO PROCESSO DE ASSOCIATIVISMO LOCAL, SUAS MANIFESTAÇÕES E REPERCUSSÕES (POSSÍVEIS) EM ORDENS SUPRALOCAIS

2.1-Quadro geral do processo de cooperação administrativa interlocal

Sendo as localidades administrativas entendidas não apenas como fruto ou expressão da autonomia administrativa, mas como reflexo da própria estruturação do poder político (consubstanciado no denominado 'poder local'), verifica-se que a influência que os entes locais vêm tendo, principalmente, na formulação de políticas públicas é de peculiar relevância para a compreensão de contextos macro de atuação do direito administrativo.

Seja na ordem jurídica portuguesa na qual às autarquias locais é dado, de acordo com o disposto no artigo 235º, n. 1 da Constituição da República Portuguesa (CRP),

um 'status' de elemento inerente à organização democrática do Estado³⁵⁵, sendo-lhes garantida, também, mediante dispositivo normativo constitucional, autonomia suficiente em sua forma de agir (vide artigo 6º, n.1); ou na realidade federativa brasileira na qual os municípios (expressões desse poder local) são tidos como entes político-administrativos também autônomos, situados num mesmo patamar que a União e os Estados-Membros e, despidos de qualquer forma de controle exercido por parte destes últimos (vide artigo 18 combinado com o artigo 29, ambos da Constituição Federal Brasileira de 1988), a idéia de modernização da governança pública em sentido amplo, pressupõe ou vendo tendo como pressuposto um fortalecimento do seu entendimento em âmbito local.

Aliás, abordar a questão da modernização da governança pública local faz com que, como lembra MARTA REBELO³⁵⁶, se tenha em mente o fato de que as municipalidades vêm passando por uma crise, que *"surge numa era em que o localismo da vida de relação vai para além das fronteiras municipais"*.

Quer-se com isso dizer que, para que se possa entender a modernização governativa das localidades administrativas (mediante, por exemplo, o processo cooperativo entre as localidades), problemáticas que, há tempos, atormentam-nas devem ser objeto de referência, não se podendo fechar os olhos a elas. Dentre essas tormentas, podem ser apontadas a insuficiência financeira apresentada pela maioria das realidades administrativas locais³⁵⁷, bem como a dificuldade em se conseguir ultrapassar ou superar limites geográficos locais em face de problemas

³⁵⁵ Observa José Casalta Nabais que enquanto a situação real das autarquias locais portuguesas era, durante a época de elaboração do Código Administrativo de 1940, a de meras administrações indiretas do Estado, vieram a ter outros contornos com a entrada em vigor da Constituição da República de 1976, momento em que passam a ter um recorte constitucional em que sobressai uma significativa ou relevante nota traduzida no fato delas terem vindo a ser concebidas como elementos ou parcelas administrativas integrantes, ou melhor dizendo, representantes do denominado 'poder local' mesmo "sem, contudo, deixarem de se inserirem no quadro de um Estado unitário". Cfr., NABAIS, José Casalta. "A Autonomia Financeira das Autarquias Locais. In "30 anos de Poder Local na Constituição da República Portuguesa". Ciclo de Conferências na Universidade do Minho (org. António Cândido de Oliveira). Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 126.

³⁵⁶ REBELO, Marta. *"O financiamento intermunicipal – as áreas metropolitanas e as comunidades intermunicipais no quadro da crise financeira do municipalismo"*, in Revista do Tribunal de Contas, n. 41, janeiro/junho de 2004, Lisboa, 2004, p. 114.

³⁵⁷ Neste mesmo sentido alerta Marta Rebelo que: *"apontada como causa da crise do municipalismo clássico, a escassez dos meios financeiros é um problema municipal crónico – pretendendo-se que não transborde para as recém-criadas áreas metropolitanas e comunidades intermunicipais. Pese embora as dificuldades que antecipadamente se adivinham"*. Op. cit., p.125.

estruturais graves (relacionados à capacidade técnica de fornecimento de serviços de qualidade) que acabam por refletir em outros contextos sócio-administrativos. Essas específicas problemáticas que, certamente, comprometem de forma considerável a subsistência ou viabilidade dos contextos locais – enquanto realidades administrativas – justificarão a ocorrência do fenômeno do associativismo local ou, como designa MARTA REBELO (em referência às áreas metropolitanas não constituídas em território português devido à negativa do referendo de 1998), “*redimensionamento [readequação] municipal por um processo de unificação vertical*”. Acredita-se que este redimensionamento a que se reporta a autora, diz respeito, também, à conformidade horizontal em âmbito local, pressupondo uma alternativa de superação das problemáticas citadas.

Afinal, com maestria observa JOSÉ ANTÓNIO SANTOS³⁵⁸ que “*um futuro de melhor e mais racional administração, com as inerentes mais-valias para os utentes e contribuintes, passará sem dúvida pela procura de uma escala mais adequada das circunscrições autárquicas e pelo fomento do associativismo entre autarquias, nas múltiplas formas que um processo desta índole pode revestir*”³⁵⁹.

Seguindo este raciocínio pode ser afirmado que as relativamente novas formas associativas entre os entes públicos locais, ao mesmo tempo em que consubstanciam manifestações desse reforço da governança local, poderão acabar trazendo melhoramentos ou benefícios para além de suas próprias realidades, tendo uma projeção em âmbito nacional e, quiçá supranacional.

Com relação à razão sociológica na qual se embasa ou se fundamenta o processo interadministrativo local ou de associativismo, pode ser dito que ela se refere à mesma razão pela qual as próprias localidades (cidades) surgiram, qual seja, a

³⁵⁸ SANTOS, José António. “O associativismo Municipal na Europa”, Revista de Administração Local, 171, maio-junho de 1999, ano 22, p. 315.

³⁵⁹ Dessa forma, pode-se dizer que o quadro do SER vem se adequar ao quadro do DEVER-SER, ou seja, a realidade da problemática gestão pública que se tem feito em âmbitos locais, vai ao encontro de um verdadeiro ‘compromisso cooperativo’ constitucionalmente previsto (derivado da análise de determinados dispositivos normativos), exigindo da seara jurídico-administrativa apoio para o desenvolvimento de novas medidas que possam, para além de concretizar esse compromisso, superar uma situação de dependência para com determinado ente político-administrativo central (e, aqui, se abre espaço para a menção à denominada esquizofrenia governativa vivenciada tanto na realidade brasileira, quanto na portuguesa).

necessidade de agrupamento ou de integração de forças para a consecução de fins comuns³⁶⁰.

Lembra JOSÉ NILO DE CASTRO³⁶¹ (discorrendo sobre as teorias que tentam explicar a origem do municipalismo) que de acordo com a Escola Institucionalista – tendo como representante Maurice Hauriou – o município seria uma verdadeira “*célula de formação espontânea*”, passando a ser instituição fundamental da existência do próprio Estado. Acrescida à essa idéia, tem-se a Escola Sociológica e Histórica (Savigny e Giner) para a qual o município seria a simbologia da própria politização da sociedade organizada, não tendo o Estado o criado mediante lei (como sugeriria a Escola Legalista de Kelsen), mas o reconhecido enquanto unidade natural. Na verdade, aqui se compartilha da mesma visão dos que dizem que o Estado ao reconhecê-lo como unidade, digamos, ‘autônoma’, o faz mediante preceitos normativos seus e, portanto, haveria assim uma junção das idéias expostas acima. Assim, se há uma interação entre variados elementos acerca do surgimento das realidades locais, é de se esperar que, com relação ao fenômeno das associações entre as mesmas haja, também, uma confluência de dados aptos a explicá-lo (sejam dados sociológicos, históricos, culturais ou, até mesmo, normativos ou jurídicos).

Explica-se: se se pode dizer que, tendo como base inicial o processo ou análise histórico-evolutiva, a aproximação entre indivíduos com vistas à superação de necessidades e alcance de objetivos comuns serviu de alicerce para que a estrutura citadina surgisse, o mesmo raciocínio pode ser empregado ou feito em termos analógicos de estabelecimento de vínculos entre administrações locais (tanto

³⁶⁰ Na mesma linha de raciocínio têm-se as palavras de José Nilo de Casto para quem: “*Unidade territorial primeira de base, que mais aproxima o homem do homem, cujo agrupamento se fez unido pela solidariedade dos interesses provenientes das relações de vizinhança e do calor humano, o Município tem sua tradução jurídica na subsunção total do interesse local*”. CASTRO, José Nilo de. “*Curso de Direito Municipal Positivo*”. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 22. Reconhece-se, contudo, que em se tratando da realidade do processo urbanístico e de povoamento brasileiro, tendo em vista a época colonial, as ‘vilas’ (ou primeiros aglomerados sociais) surgiram, também, da necessidade de Portugal em realizar um controle sobre sua colônia de exploração devido à extensão territorial. Ou seja, as primeiras realidades ou aglomerados ‘urbanos’, também podem ter o seu surgimento originado não da necessidade das pessoas em superar necessidades comuns, mas para atender a interesses da coroa portuguesa. Mais tarde, certamente, o fator de integração de forças acabaria (como acabou) por também incidir, fazendo com que novos aglomerados populacionais surgissem, dando início ao processo de surgimento das cidades (e, não mais vilas).

³⁶¹ Idem, ibidem, p. 22.

inseridas em um âmbito nacional, quanto em realidades ou contextos nacionais diversos, mas próximos), fazendo com que estruturas administrativas novas possam exercer o papel ou função de atender a interesses comuns de mais de uma realidade local.

Se posicionando da mesma maneira, VITAL MOREIRA³⁶² assevera que *“a cooperação intermunicipal, por meio de associações de municípios, é um fenômeno praticamente universal, independentemente da natureza e da dimensão dos municípios em cada país, embora seja tanto mais frequente quanto maior for a fragmentação territorial dos municípios”*.

Contudo, lembra o referido autor português que há, também, um embasamento jurídico (e, portanto, a referência feita anteriormente acerca da junção dos elementos possíveis para explicação do fenômeno tanto de surgimento das localidades através das várias ‘Escolas’ citadas, quanto das associações originadas delas) para a existência do fenômeno associativo visto que, nas palavras dele: *“sendo os municípios entidades públicas territoriais infra-estaduais, o fundamento das associações intermunicipais não pode assentar numa expressão de uma liberdade privada de associação de municípios, visto que aquela só assiste aos particulares. A associação de entidades públicas só pode resultar da Constituição ou da lei”*.

³⁶² MOREIRA, Vital. *“Associações intermunicipais e áreas metropolitanas”* in Direito Regional e Local, n. 00 outubro/dezembro, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.6. Ainda no mesmo texto lembra o autor que: *“a racionalidade do associativismo municipal decorre de uma lógica de defesa e realização de interesses comuns. Se os municípios constituem colectividades territoriais para a prossecução de interesses locais, não é menos verdade que eles podem colher vantagem da sua associação mútua para desempenhar tarefas comuns pela vizinhança (transporte, abastecimento de água, tratamento de resíduos, etc.), mas também para efeitos de representação e defesa colectiva dos interesses municipais, face ao Estado ou a outras colectividades territoriais de nível superior”* (grifos próprios). Confirmando o que de fato se passa em contextos estatais mais fragmentados, lembra o autor lusitano de forma pertinente que: *“em alguns países, onde a norma é constituída por micromunicípios, os agrupamentos intermunicipais podem ser a única maneira (para além da fusão e da incorporação de municípios) de estabelecer uma racional administração local, desde o ordenamento urbanístico até a organização dos serviços públicos essenciais (água, energia, transportes urbanos, etc.)”* (grifos próprios). É o que se passa com bastante frequência, atualmente, em muitos dos municípios brasileiros. Para tanto, cfr., a respeito da experiência de gestão associada ou de implementação de consórcios públicos na realidade brasileira, a iniciativa da FECAM (Federação Catarinense de Municípios) no que se refere aos planos de saneamento básico conforme se verifica no endereço eletrônico: <http://www.samaeorleans.sc.gov.br/download/SeminarioMPE.ppt>. Acessado em 10 de março de 2009.

Concordando com VITAL MOREIRA,³⁶³ sob esta perspectiva pode ser afirmado, então, que a razão jurídica há que incidir, também, no momento de explicação e entendimento desse processo interativo para, inclusive, lhe conferir maior legitimidade.

Não é à toa que tanto na ordem jurídica brasileira quanto na portuguesa, há referência expressa ao associativismo local ou às formas de sua manifestação em seus textos constitucionais (cfr. artigo 241 da Constituição Federal Brasileira de 1988 e artigo 253º da Constituição da República Portuguesa de 1976) e, em âmbito infraconstitucional (conferir no ordenamento brasileiro, por exemplo, a lei federal 11.107/2005, bem como, a lei n. 45/2008 de 27 de agosto, no contexto jurídico português)³⁶⁴.

Na verdade, a elaboração e utilização de novos arranjos institucionais pelos entes públicos locais, tendo como base a junção de esforços com vistas à resolução de problemáticas sociais comuns, é a representação em concreto da normatividade – e, crê-se que seja uma realidade tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto no lusitano – do que se denomina ‘compromisso constitucional de cooperação’ que pode ser depreendido, não somente da realidade dos Estados Federados ou Compostos como o Estado Brasileiro, mas, inclusive, da realidade de Estados Unitários como o Estado Português.

Tal compromisso constitucionalmente assumido, enquanto elemento normativo implica, numa primeira vista, a compreensão do que seria, em termos jurídicos, a denominada ‘cooperação’. Embora seja tido como um conceito arisco ou de difícil aperfeiçoamento, a cooperação atenderia a determinados “imperativos de discursividade e participação”, como assevera ALESSANDRA SILVEIRA³⁶⁵. A essa idéia acrescenta-se a nota esclarecedora de que esses ‘imperativos de discursividade e participação’ estão voltados tanto para o atendimento de

³⁶³ MOREIRA, Vital. Op.cit., p.7.

³⁶⁴ Observa Vital Moreira que havia um projeto de lei do Governo de Portugal que pretendia rever o regime das associações de municípios, substituindo e revogando a Lei n. 10/2003, de 13 de Maio. Como se vê, com a edição da lei 45/2008 tal realidade se confirmou. Para verificar quais as mudanças propostas pelo referido projeto de Lei, cfr. MOREIRA, Vital. Op. cit., pp. 11 e 12.

³⁶⁵ SILVEIRA, Alessandra. *“Cooperação e compromisso constitucional nos Estados Compostos: estudo sobre a teoria do federalismo e a organização jurídica dos sistemas federativos”*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 126.

objetivos ou metas em comum aos entes cooperantes, quanto à consagração de fins constitucionalmente exigidos. Daí, dizer-se que a dedução da compreensão desse compromisso constitucional em sede do ordenamento constitucional brasileiro pode ser feita a partir da análise do artigo 3º da Constituição Federal brasileira de 1988 que estabelece os objetivos da República, bem como da leitura do artigo 9º, 'g' da Constituição da República Portuguesa (CRP) que, por sua vez, assinala as tarefas fundamentais do Estado português.

Com relação ao dispositivo brasileiro, tem-se pela sua leitura a determinação de que a República Brasileira deve, mediante determinado imperativo constitucionalmente imposto, garantir a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária, voltada para a redução da pobreza e, para a conseqüente promoção do desenvolvimento nacional. Por certo que, aqui, a idéia de 'dever de cooperação' e junção de esforços das esferas federativas de governo existente deve incidir para que tal desiderato seja alcançado de forma mais expedita e eficiente.

Já com relação ao ordenamento português, vê-se que o artigo constitucional citado (9º, 'g') determina que seja da competência da República Portuguesa a tarefa de buscar a concretização e promoção do desenvolvimento harmonioso de todo o território nacional. O mesmo raciocínio feito acima é, aqui, adotado, querendo isto dizer que para que tal incumbência seja mais bem atingida, conta-se com a participação ou influência de todas as manifestações de poder político-administrativo existentes no território lusitano (ao menos, é o que se espera). Assim, tanto num caso como noutro, o dever constitucional de cooperação pode ser verificado, fazendo com que fique justificada, então, a adoção de novos arranjos institucionais que carreguem consigo essa proposta ou, melhor, este imperativo³⁶⁶. Dando continuidade a esse quadro geral explicativo do processo de cooperação DOMINGOS VAZ,³⁶⁷ em feliz análise acerca do processo interativo e de interdependência entre territórios, assevera que *"numa visão prospectiva a cooperação transfronteiriça é decisiva para 'esbater fronteiras' e integrar territórios,*

³⁶⁶ Para maiores detalhes e melhor compreensão dessa idéia de imperativo ou dever constitucional de cooperação, conferir o trabalho de Alessandra Silveira que, com propriedade aborda a questão. Cfr. Op. cit., especialmente, as pp. 126-128, bem como pp. 448-453.

³⁶⁷ VAZ, Domingos M.. *"Cidade e Território: Identidades, Urbanismo e Dinâmicas Transfronteiriças"*, Lisboa, Celta Editora, 2008, p. 8.

estimulando um novo quadro de relacionamento entre os dois lados da fronteira, de cariz mais técnico-científico, promovendo o envolvimento de entidades públicas e de organizações da sociedade civil na troca de experiências e na concretização de projetos comuns” (grifos próprios).

Não se pode deixar de concordar com o referido autor acerca da elaboração de novas figuras ou estruturas administrativas se se pretende auxiliar o necessário desenvolvimento ou aperfeiçoamento da realidade local e de sua gestão pública.

Outra alternativa não pode ser vislumbrada levando-se em consideração o fato de que a cidade enquanto fenômeno de coexistência humana constantemente em mutação, acaba por se tornar *“palco principal da experiência social;(…) uma realidade poliédrica rica de facetas”*³⁶⁸.

E, por ela constituir um contexto humano que abarca uma gama ou diversidade de situações e, por consequência, de problemáticas e demandas em contínuas e crescentes transformações, que novos arranjos institucionais precisam ser elaborados pelas entidades locais (ainda mais quando essas problemáticas não se restringirem a, apenas, uma fronteira ou limite geográfico, sendo, atualmente, compartilhadas e/ou vivenciadas por mais de uma estrutura local, inclusive de nações diferentes).

Daí se referir à importância de ‘ferramentas’ administrativas baseadas na cooperação (‘associações municipais’ no contexto lusitano e os ‘consórcios públicos’ na realidade jurídico-administrativa brasileira) de forma que mediante a conjugação de esforços comuns ou trocas de experiências administrativas de gestão e governança, dificuldades sejam ultrapassadas ou superadas e, planos ou projetos (com vistas ao aumento da qualidade de vida da coletividade) sejam colocados em prática.

Tentar-se-á demonstrar que a partir da utilização de mecanismos de cooperação entre os entes públicos locais (como os citados acima), mediante um verdadeiro processo racional dialógico entre os mesmos, pode haver um enriquecimento do pensamento de DOMINGOS VAZ³⁶⁹ quando diz que *“pensar sociologicamente o território exige uma capacidade evidente de transcender as tradicionais dicotomias*

³⁶⁸ VAZ, Domingos M.. Op. cit. p.16.

³⁶⁹ Idem, ibidem. p.16.

analíticas (...)". O encapsulamento das localidades governativas às limitações não apenas territoriais, mas, também, às formas tradicionais de gestão pública local, com resquícios de interferência e determinismos do governo central, precisa ser ultrapassado.

De fato, a conjugação de idéias entre administrações públicas locais, levando à formulação de parcerias entre elas, facilita a compreensão de que as localidades (cidades) contemporâneas e seus mecanismos de gestão não podem mais se enclausurar em suas limitações territoriais se pretendem superar desigualdades em comum e alcançar e fornecer às populações vinculadas diretamente a cada uma delas o necessário mínimo de desenvolvimento.

Mesmo porque, essa expectativa pode ser depreendida tanto no âmbito constitucional brasileiro (artigo 3º da República Brasileira citado anteriormente) quanto do âmbito da Constituição da República Portuguesa de 1976 em seu artigo 9º, letra 'g', bem como em sede da própria União Européia conforme se verifica na 'Carta Européia da Autonomia Local' (CEAL) ao tratar da questão da associação e da federação, lembrando que o artigo 10º do mesmo instrumento normativo prevê a possibilidade (em seu n.3) do associativismo ocorrer, inclusive, entre autarquias de Estados diferentes e, não apenas limitado a um único Estado.

2.2- Das manifestações do processo interlocal de cooperação administrativa e suas possíveis repercussões

Feita essa análise prévia sobre o processo de associativismo em geral, passar-se-á à abordagem das formas escolhidas de sua manifestação adotadas desde o início referentes, primeiramente, às 'associações municipais portuguesas' e sua ligação com o contexto da União Européia e, em seguida, à compreensão da figura dos 'consórcios públicos brasileiros', citando um caso ilustrativo da experiência cooperativa em âmbito nacional.

2.2.1- De acordo com o tratamento escolhido acerca da influência da atuação das administrações públicas locais portuguesas, necessário dizer, de antemão, que por estarem as localidades aqui tratadas inseridas no contexto supranacional da União Européia, o desenvolvimento da temática – sob essa perspectiva – torna-se mais interessante, não querendo isso significar que as interações entre as

administrações públicas locais não gerem ou possam gerar externalidades positivas para a ordem ou limitação geográfica nacional portuguesa como melhor se observa na nota de rodapé à qual se faz referência³⁷⁰.

Bom salientar, também, que o fenómeno do associativismo local, em sede do ordenamento jurídico português, pode ser compreendido, primeiramente, como uma alternativa ou resposta à não formalização das Regiões Administrativas previstas constitucionalmente no art. 236º, n. 1 da Constituição da República Portuguesa (CRP). Contudo, entende-se, aqui, que esta visão acerca de tais institutos, na verdade, representa um reducionismo da própria valorização do poder local, sendo que a perspectiva adotada no presente trabalho terá como norte outra visão, qual seja, a de que tal fenómeno simboliza não apenas uma solução para a não constituição das figuras autárquicas locais continentais mencionadas acima (em virtude do resultado negativo do referendo realizado em 1998), mas uma forma alternativa que vem ou pode vir a ganhar autonomia existencial em termos administrativos, bem como importância em termos de gestão pública racional.

De acordo com a Lei n. 45/2008 de 27 de agosto que estabeleceu o novo regime jurídico do associativismo municipal português, revogando as leis n. 10 e n.11, ambas de 13 de maio de 2003, o fenómeno em questão realizado entre municípios pode ocorrer, de acordo com o artigo 2º, n. 1, letras 'a' e 'b' mediante a instituição

³⁷⁰ Com o intuito de fornecer ao presente trabalho certa harmonia (embora a perspectiva adotada para retratar a realidade do associativismo local em âmbito português tenha sido a inserção da potencial capacidade de influência que possam vir a ter no âmbito da União Européia) tem que ser dito que após a edição da lei nº. 45 de agosto de 2008 que regulamentou o associativismo local nos limites territoriais portugueses, alguns dos municípios de determinadas regiões do país já se mobilizaram na conjugação de esforços, mediante o processo de associativismo. Como exemplo dessa prática, pode-se citar o 'CIRA' ou Comunidade Intermunicipal da Região de Aveiro que em setembro do mesmo ano (2008), regularizou essa junção de esforços com o intuito de angariar maiores recursos para a realização de determinadas atividades de finalidades públicas em diversas áreas. É certo que devido ao pouco tempo de existência, constatações claras ou estatísticas quanto ao bom ou mau funcionamento de tal iniciativa ainda não foram feitas. Contudo, o simples fato dos municípios partícipes terem sentido essa necessidade demonstra, claramente, o que este trabalho também visa tratar: a verificação de que novas formas governativas devem ser elaboradas para suprir certa defasagem de eficiência (não só financeira, mas, também, técnica) no fornecimento de serviços a serem colocados à disposição das populações diretamente interessadas. Neste sentido, cfr. a proposta de Estatuto de tal projeto, existente nos seguintes endereços eletrônicos: <http://www.cm-aveiro.pt/www/cache/imagens/XPQ5FaAXX14956aGdb9zMijeZKU.pdf> ou http://www.cm-sever.pt/index.php?option=com_content&view=article&id=48&Itemid=24.

das denominadas ‘Comunidades Intermunicipais’ (CIM) ou das ‘associações de fins específicos’³⁷¹.

As primeiras são pessoas coletivas de direito público que, pela análise do artigo 5º, n.1 da referida lei possuem uma gama de atribuições³⁷², enquanto que as segundas são pessoas coletivas de direito privado, constituídas para a realização em comum de determinado interesse dos municípios que as integra, na defesa de interesses coletivos de natureza setorial, regional ou local.

Para o presente estudo, julga-se melhor a utilização das primeiras figuras (CIM) como manifestação do processo de cooperativismo local (devido ao maior campo de incidência de atuação que elas têm) dentro da lógica da consensualidade e de diálogo anteriormente proposta, tendo como meta uma governança mais racional e contemporânea, muito embora se reconheça que a segunda forma de associativismo municipal lusitano também possa exemplificar o intuito de mútuo auxílio e conjugação de esforços para a superação de problemáticas em comum, podendo ter reflexos na atuação da governança em âmbito macro da União Europeia.

Às figuras das associações municipais de fins múltiplos (CIM) portuguesas pode ser trazido o raciocínio referido no primeiro capítulo acerca da busca pela racionalidade comunicativa, na medida em que podem ser vistas como manifestações ou resultado final de uma verdadeira interação dialógica, argumentativa e discursiva com vistas ao atendimento de interesses comuns mediante união de forças para superar problemáticas que atingem todos os municípios portugueses que possam vir a compô-las.

³⁷¹ Como se vê, a referida lei não traz consigo uma definição ou, ao menos, algum traço ou característica da qual possam ser retirados elementos para a compreensão dos institutos citados. Mesmo assim, entender-se-á que a eles (e, ao ordenamento jurídico português no que se refere a esse dispositivo legal) poderá ser estendida a compreensão fornecida pela Lei dos ‘Consórcios Públicos brasileiros’ como sendo ‘contratos em sentido amplo’, ou se se preferir, ‘ajustes em que se estabelecem obrigações recíprocas’.

³⁷² Diz o referido dispositivo: “Artigo 5º (Atribuições):

1- As ‘CIM’ destinam-se à prossecução dos seguintes fins públicos: a) promoção do planeamento e da gestão da estratégia de desenvolvimento económico, social e ambiental do território abrangido; b) articulação dos investimentos municipais de interesse intermunicipal; c) participação na gestão de programas de apoio ao desenvolvimento regional, designadamente no âmbito do Quadro de Referências Estratégico Nacional- QREN; d) planeamento das actuações de entidades públicas, de carácter supramunicipal”.

Nesta realidade, está uma prova de que é necessário, muitas das vezes, às realidades locais portuguesas reconhecerem e se conscientizarem de suas próprias limitações em termos de capacidade organizativa, técnica e financeira se quiserem aumentar os seus potenciais administrativos em termos de fornecimentos de prestações de relevância social com maior qualidade e de influência decisória.

Neste sentido, assevera ANTÓNIO MONTALVO³⁷³ que para além do impulso de instrumentos financeiros, ou seja, para além dos municípios, mediante a sua junção administrativa, conseguirem ser merecedores de maiores investimentos financeiros ou transferências de recursos de moeda por parte do ente central, a cooperação intermunicipal traz consigo outras razões: *“(...) a necessidade de aproveitarem economias de escala; o interesse em, pela sua unidade, reforçarem o seu peso político, designadamente em defesa de interesses comuns no desenvolvimento de parcelas de território beneficiárias da política regional europeia”*.

Assim, percebe-se que a realidade associativa entre municípios, na realidade portuguesa, em termos administrativos, acaba propiciando um reflexo de suma importância em termos de superação de limites geográficos, pois aumenta a capacidade de expressão decisória dos entes locais associados junto ao contexto da União Europeia.

Dessa forma, o papel exercido pelas realidades administrativas locais ou governanças locais tem sido valorizado cada vez mais, tendo elas (administrações locais) sido consideradas numa visão supranacional, pelo ‘Comité das Regiões junto à Comissão Europeia’, como além de órgãos representativos do poder local, mas entes depositários de democracia e que contribuem para a diversidade cultural da Europa, desempenhando papel importante no desenvolvimento socioeconômico³⁷⁴, e que, enquanto manifestações do poder das autarquias locais, são capazes de assumir responsabilidades e desenvolvê-las com eficácia.

Em observação feita em parecer emitido pelo ‘Comité das Regiões’, foi dito que apesar de considerá-las (as administrações públicas locais) elementos

³⁷³ MONTALVO, António Rebordão. *O processo de mudança e o novo modelo da gestão pública municipal*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p.88.

³⁷⁴ Cfr. parecer do Comité das Regiões na 60ª reunião plenária de 6 e 7 de julho de 2005.

fundamentais à boa governança na União Europeia, nem sempre a função das autoridades locais na gestão de políticas estruturais é acompanhada da autonomia necessária. Contudo, mesmo diante desse quadro, é salientado pelo referido órgão que uma maior responsabilidade dos atores locais acarretará maior compromisso de sua parte.

Entendendo que a 'Carta Européia da Autonomia Local' possibilita a presença das autoridades locais em nível internacional, opinando e reforçando a idéia de que a pertinência e eficácia das políticas comunitárias, bem como os resultados das mesmas podem vir a ser alcançados de forma, digamos mais satisfatória, mediante a participação das administrações públicas locais, o 'Comité das Regiões' acaba por dizer que tal quadro vem corroborar com a idéia de haver maior confiança nas políticas públicas dessa maneira elaboradas, qual seja, mediante a observação e fomento à autonomia de gestão local e sua interação com outras localidades.

Dessa forma, recomenda o supracitado órgão que uma estratégia mais dinâmica de promoção da autonomia local seja lançada, sensibilizando não somente a Comissão Européia, mas, também, os Estados-Membros sobre as vantagens da conciliação dos objetivos das políticas de coesão e os imperativos da descentralização democrática, principalmente, diga-se de passagem, em nível administrativo local.

Não de forma desnecessária, apela o 'Comité das Regiões' para que seja reconhecido e concedido pelos Estados-Membros às 'suas' localidades o direito e a capacidade de efetivamente se organizarem e gerirem partes importantes de assuntos públicos que nelas venham a ter reflexos³⁷⁵.

As relações de simbiose administrativa baseadas na troca de experiências em âmbitos locais diversos fazem com que as transformações sofridas por cada sistema urbano de cada país e, a conseqüente realização da 'Europa sem fronteiras'³⁷⁶, sejam mais bem compreendidas.

A lógica da qual fazem parte as estruturas administrativas locais está em outra

³⁷⁵ Neste mesmo sentido, cfr. o disposto na Carta Européia da Autonomia Local em seu artigo 3º combinado com o disposto no artigo 6º que trata da possibilidade de adequação interna da estrutura e dos meios administrativos essenciais ao exercício de suas funções pelas localidades de forma que podem adaptá-los para poderem exercer uma gestão mais eficaz.

³⁷⁶ VAZ, Domingos M.. Op. cit. p.18.

escala³⁷⁷. Se antes as cidades estavam dominadas no interior de um contexto nacional, hoje, não vêm reduzidas a sua hegemonia face à constatação da influência ou interferência que têm ou que possam vir a ter no patamar de atuação da definição das políticas públicas da União Européia.

ALBERT BORE³⁷⁸, então presidente do 'Comité das Regiões', com clareza relatou que o compromisso assumido pelo presidente da 'Comissão Europeia', Romano Prodi (período de atuação como presidente: 1999-2004), de fazer de uma melhor governação uma prioridade essencial da ação da Comissão, foi recebida com satisfação no ano de 2000.

Em suas palavras, *"a verdade é que o Livro Branco³⁷⁹ sobre a governança europeia reconheceu a necessidade de ter em conta o carácter multinível da ação pública na Europa, entrelaçando a participação das autoridades e órgãos europeus nacionais, regionais e locais na elaboração e na execução da legislação e das políticas comunitárias. O Livro Branco³⁸⁰ abriu, assim, novas vias de participação do poder local e regional na governação europeia"* (grifos próprios).

Tal pensamento reflete a tendência de se reconhecer e valorizar as iniciativas governativas constituídas e executadas em níveis micro de atuação administrativa, desconstruindo-se o exercício de governança 'top-down' ou de viés hierárquico, abrindo-se portas para o surgimento de alternativas que conjuguem esforços de entes locais diferentes na obtenção de solução para problemáticas comuns, com a possibilidade de projeção desse aperfeiçoamento governativo para níveis macroadministrativos.

³⁷⁷ Idem, Ibidem. p. 19.

³⁷⁸ BORE, Albert. *"As dimensões regional e local na criação de novas fronteiras de governança na Europa"*. Luxemburgo: Serviços das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2003 (em prefácio à obra).

³⁷⁹ Idem, ibidem. Sobre o **Livro Branco** acerca do método de governança a ser seguido em âmbito europeu, datado de 2001, faz-se referência obrigatória ao 'Documento de Trabalho acerca das implicações institucionais e jurídicas do recurso a instrumentos não vinculativamente jurídicos, cujo relator foi Manuel Medina Ortega. Segundo este documento entende-se por 'soft law' as normas de conduta enunciadas em instrumentos desprovidos de força jurídica obrigatória per si, mas podem, contudo, produzir efeitos jurídicos indiretos. Na verdade, a intenção de tais documentos que corporificam tal entendimento visam, primeiramente, a consecução ou produção potencial de efeitos práticos. Cfr. ORTEGA, Manuel Medina. *"Documento de trabalho sobre as implicações institucionais e jurídicas do recurso a instrumentos jurídicos não vinculativos (soft law)"*. Parlamento Europeu, Comissão de Assuntos Jurídicos, 14/02/2007, p. 2.

³⁸⁰ Para um aprofundamento acerca do Livro Branco e de suas finalidades e de seu conteúdo, conferir, também, Bore, Albert, Op. cit., pp.52-55.

Muito possivelmente (levando em consideração a tendência afirmada acima de que em termos de projeção supranacional da valorização e estímulo à realização de práticas associativas entre realidades administrativas locais) a ‘Carta Européia de Autonomia Local’ seja um referencial a ser seguido, tendo como um dos seus focos de atenção o fomento à capacidade ou independência administrativa das ditas autarquias locais, principalmente no que tange à maneira organizatória.

Não é por outra razão que, compartilhando da visão de BORE³⁸¹ tal documento acaba por obrigar ou, melhor dizendo, vincular as partes a aplicarem regras que garantam essa independência.

Conscientes de que um dos pilares argumentativos que sustentam o processo ou método de governança (tanto em nível administrativo geograficamente mais limitado quanto em um ambiente em que haja a extrapolação de fronteiras geográficas) está na questão da participação, é de se entender que e, trazendo tal ponto para a análise do presente trabalho, as relações interadministrativas locais justamente por estarem mais próximas dos cidadãos (que são o foco de atenção tanto do dever de boa administração em âmbito local, regional, nacional ou supranacional – quando se estiver se referindo ao dito ‘cidadão europeu’), acabam detendo melhores possibilidades de fazer com que eles intervenham no procedimento de definição das prioridades a serem objeto de desenvolvimento mediante a adoção de políticas públicas em comum que, em um primeiro momento, causarão ou terão repercussões no seu contexto social mais imediato.

Contudo, facilmente essas repercussões extrapolarão as fronteiras ou demarcações geográficas locais, favorecendo e beneficiando o contexto nacional em que as cidades se inserem (como será visto no caso brasileiro) e, até mesmo, trazendo externalidades positivas para o ambiente comunitário europeu (como pode vir a decorrer da realidade associativa local portuguesa) *“no qual a política transformou-se, passando de um processo elitista para um processo em que os impactos e efeitos passaram a propagar-se a todos os níveis da economia e da sociedade”*.³⁸²

³⁸¹ BORE, Albert. Op. cit., p.48.

³⁸² BORE, Albert. Op. cit., p. 50 e, ainda nesse sentido, acrescenta o autor que: *“as instituições regionais e locais lideram este processo de mudança, pois estavam mais próximas dos cidadãos e das empresas e foram as primeiras a serem chamadas a agir e assumir responsabilidades”*.

Dessa forma, e tendo em consideração o apelo ou recomendação citado acima, adota-se a opinião de que o modelo associativista entre administrações públicas locais existentes em Portugal pode ser tido como manifestação de uma nova governança pública que, devido às influências que pode vir a exercer no âmbito da União Européia, acaba sendo por esta estimulada a existir³⁸³.

2.2.2- Com relação aos ‘consórcios públicos’ instituídos pela ordem jurídica brasileira mediante a edição da Lei Federal 11.107/2005, pode-se dizer que tratam essas figuras de verdadeiros ajustes ou acordos instituidores de obrigações recíprocas entre os entes políticos consortes quando os mesmo resolvem/decidem atingir, mediante a conjugação de esforços, determinada finalidade pública, pois, isoladamente, ou não possuem recursos financeiros suficientes ou lhes faltam capacidade técnica para tanto ou, ainda, apresentam ambas as deficiências.

Contudo, antes de adentrar-se especificamente às formalidades que são exigidas para a formação dessa espécie de associativismo local, merece breve consideração um resumo do quadro geral que propiciou no ordenamento jurídico brasileiro o seu surgimento. Dentro do contexto da Federação brasileira, deve-se dizer que tais figuras compõem o quadro maior da denominada ‘gestão pública associada’ com base no princípio da colaboração recíproca (que, por sua vez, liga-se ao mencionado ‘compromisso constitucional de cooperação’)³⁸⁴.

³⁸³ Neste sentido merece menção o parecer do comitê das regiões junto à União Européia no sentido de que, em termos de políticas públicas para o desenvolvimento sustentável acaba relevando a atuação realizada em âmbito local. De acordo com o item 1.4 do referido parecer, tem-se: “*concorda com a Comissão quanto à necessidade de adoptar uma abordagem pró-activa em relação ao desenvolvimento sustentável e suas ações concretas no terreno e sobre o papel decisivo que o nível local e regional pode desempenhar na realização de uma sociedade sustentável tanto na União Europeia como no resto do mundo*”. O reconhecimento da importância do nível local é novamente feito no item 2.11 do mesmo parecer. Cfr. DELEBARRE, Michel. “*Parecer de prospectiva do Comité das Regiões – O contributo das autarquias regionais e locais para a estratégia da União Europeia para o Desenvolvimento Sustentável*”. Bruxelas: Jornal Oficial da União Europeia, 2007.

³⁸⁴ Chama-se a atenção, aqui, para o que muito adequadamente escreve Alessandra Silveira quando alerta-nos para o fato da importância que as localidades brasileiras detêm para a concretização desse compromisso constitucional de cooperação. Discordando de Marcelo Neves e de sua tese de ‘constitucionalização simbólica’, observa a autora que o compromisso de cooperação representa, sim, a concretização (a ser imposta aos entes federados da realidade brasileira) dos desígnios ou desideratos constitucionais. E, ainda, assevera que superando todas as expectativas e dificuldades que tal compromisso possa vir a ter para ser realizado, caberá aos entes locais um papel de suma importância. Nas palavras da autora: “*Não será por outra razão que a malha cooperativa brasileira tem sido tecida pelo federalismo municipalista, isto é, pela esfera municipal tendencialmente sensível ao acolhimento dos ‘inputs’ democráticos das comunidades locais*” (grifo próprio). Cfr. SILVEIRA, Alessandra, Op. cit., p. 99. Portanto, as iniciativas desenvolvidas por tais entes, também, devem ser vistas ou consideradas como importantes realizações de processos racionais de gestão pública

A primeira menção que deve ser feita a esse tipo de colaboração entre os entes político-administrativos na ordem jurídica brasileira é a de que o seu surgimento se deu em virtude do contexto de reforma administrativa incidente na realidade brasileira com a edição da Emenda Constitucional nº 19/1998.

A segunda nota que merece ser feita com relação a eles (consórcios) é de que podem ser tidos como seus antecedentes embrionários os denominados ‘convênios administrativos’ que, embora tenham o mesmo intuito de potencializar e aperfeiçoar a capacidade de se alcançar o interesse público, apresentam alguma distinção com relação a eles.

Os convênios são tidos como ajustes celebrados entre a Administração Pública ou os seus órgãos e as pessoas jurídicas de direito privado ou não, com fins de obter determinada meta pública. A diferença (única) que poderia ser apontada (conforme assevera PEDRO DURÃO³⁸⁵) era a de que nos consórcios, a combinação de vontades (em sentido amplo) seria realizada entre partícipes de mesma espécie e de mesmo nível governativo. De forma mais clara: diferentemente dos convênios administrativos (que ainda existem dentro da estrutura administrativa dos diversos Poderes), os consórcios foram concebidos com o mesmo intuito de colaboração mútua, devendo ser obedecidas determinadas formalidades, só que entre entes políticos necessariamente de mesmo nível de governo (Município e Município, por exemplo). Contudo, com a edição da Lei 11.107 de 2005, tal diferença restou afastada, sendo que, agora, o elemento diferenciador entre ambas os arranjos de cooperação mútua refere-se à aquisição de personalidade jurídica por uns (no caso, os consórcios públicos); fato não observado no que diz ao outro (convênios).

aptas a atender ou corresponder a este compromisso constitucionalmente existente.

³⁸⁵ DURÃO, Pedro, *“Convênios & Consórcios Administrativos: Gestão, Teoria e Prática”*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 100. Acerca da concepção da mesma natureza jurídica e da diferenciação existente entre as duas espécies (convênios e consórcios), têm-se as posições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*“Direito Administrativo”*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 300 e 301), Odete Medauar (*“Direito Administrativo Moderno”*. São Paul: RT, 2005, p.265), dentre outros. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, os consórcios também deveriam ser encarados como acordos de vontades entre duas ou mais pessoas jurídicas públicas de mesma natureza e nível de governo ou entre entidades da administração pública indireta para a consecução de objetivos comuns, sendo este último traço o que irá distinguir este acordo de vontades da concepção ou da idéia de contrato (no qual há vinculação de vontades para o alcance de fins que são antagônicos ou diversos entre si e que pertencem às partes envolvidas).

Também existia na doutrina brasileira, até a edição da lei regulamentadora do instituto consorcial entre os entes políticos, certa divergência no que se refere à caracterização dos consórcios. Nesta época, enquanto que para a maioria da doutrina (encabeçada por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO³⁸⁶, de acordo com o cenário mais amplo dos consórcios administrativos) nem da figura dos convênios, tão pouco da figura dos consórcios públicos haveria a formalização ou constituição de novas pessoas jurídicas, com autonomia existencial própria, tal raciocínio não era o encontrado no projeto de lei n. 3.884/04 que antecedia a lei atual.

De acordo com tal projeto de Lei e, nisto ele era bem claro, todo consórcio público constituiria pessoa jurídica de direito público. Com a edição da lei 11.107/2005, a dúvida acerca da existência ou não da formação de uma nova personalidade jurídica a partir de um acordo de vontades entre os entes partícipes de mesmo nível de governo, bem como sobre o regime jurídico a eles aplicável, foi resolvida (vide artigo 1º, §1º da referida lei)

Hoje, os consórcios podem ser formalizados mediante a constituição ou de uma ‘associação pública’ ou pela constituição de uma pessoa jurídica de direito privado (vide Arts. 1º, § 1º e 6º, inc. I e II, § 1º da Lei n.º 11.107/05) à qual será aplicado um regime jurídico, digamos, híbrido como também observa CLEBER DEMÉTRIO OLIVEIRA DA SILVA³⁸⁷.

Tecnicamente, com relação aos requisitos formais prévios à constituição dos consórcios públicos e, independentemente se ele terá a formalização de associação pública ou de pessoa jurídica de direito privado, tem-se que os pretensos entes políticos consortes devem, primeiramente, como bem observa JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO³⁸⁸, subscrever o denominado ‘protocolo de intenções’(artigo 3º da lei 11.107/05) que, por assim dizer, é o próprio conteúdo do ajuste e, que, por si só, já representa a manifestação da vontade dos interessados em aderir ao ajuste público. Após essa fase, tem-se a exigência de ratificação por lei do referido

³⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “Direito Administrativo” 18ª ed.. São Paulo: Atlas, 2005, pp. 300-302.

³⁸⁷ SILVA, Cleber Demétrio Oliveira da. “Lei n.º 11.107/05: marco regulatório dos consórcios públicos brasileiros”. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/marco.pdf>. Acessado em 20 de julho de 2009.

³⁸⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. “Manual de Direito Administrativo”, 19 ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p.206.

protocolo pelos respectivos órgãos legislativos de cada membro-consorte (a não ser que já tenham previsto tal hipótese, mediante lei específica. Nestes casos, então, a ratificação fica dispensada – vide artigo 5º da referida lei).

Cumpridas essas exigências, forma-se o ‘consórcio público’, que será tido como pessoa jurídica, sob a forma de ‘associação pública’ ou ‘pessoa jurídica de direito privado’. Em um ou outro caso, constituirão pessoas jurídicas ligadas à Administração Indireta de cada ente consorte como tem entendido a doutrina brasileira³⁸⁹.

São, assim como as ‘associações municipais portuguesas’, exemplos de cooperativismo solidário local em termos administrativos e que trazem consigo o intuito de melhorar o processo de governança local e, se feitos de forma racional e séria, acabam tendo repercussão na governança nacional dependendo, tanto da amplitude ou extensão do problema a ser solucionado, quanto do alcance dos benefícios gerados para as localidades.

Ainda com relação às possibilidades de repercussão bem sucedida dessa espécie de avença, tem-se a visão de PEDRO DURÃO³⁹⁰ para quem, dentro da realidade brasileira, a essência desse instituto formado a partir de um acordo entre entes político-administrativos acaba se limitando mais à esfera municipal, viabilizando a execução ou prestação de serviços que uma localidade isoladamente considerada não teria condições de prover individualmente considerada.

Experiência exitosa neste sentido pode ser apontada no Estado de São Paulo na região do Grande ABC chamado ‘Consórcio Intermunicipal Grande ABC’, resultado do esforço e trabalho conjuntos dos sete municípios que integram a região do Grande ABC dentre eles Diadema, São Bernardo, São Caetano, Santo André, Mauá, dentre outros que, primeiramente, era tido no ano de sua criação (1990) como

³⁸⁹ Neste sentido, cfr. CARVALHO FILHO, op. cit., p. 207 e, agora, também, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *“Direito Administrativo”*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 466.

³⁹⁰ DURÃO, Pedro, *“Convênios & Consórcios Administrativos: Gestão, Teoria e Prática”*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 100 e 101. Assevera ainda o autor que: *“Verdade seja dita: com a implementação de consórcios públicos intermunicipais existe a possibilidade de melhor aproveitamento dos recursos humanos, tecnológicos, financeiros e orçamentários”*. No mesmo sentido, tem-se a posição do administrativista brasileiro Hely Lopes Meirelles para quem: *“com essa cooperação associativa das municipalidades reúnem-se recursos financeiros, técnicos e administrativos que uma só prefeitura não teria para executar o empreendimento desejado e de utilidade de todos”*. Cfr. MEIRELLES, Hely Lopes, *“Direito Administrativo Brasileiro”*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 311.

uma associação civil de direito privado, atuando como órgão articulador de políticas públicas setoriais.

De início os municípios ou localidades administrativas integrantes do ajuste empreenderam ações consorciadas relacionadas à destinação dos resíduos sólidos e à lei de incentivos seletivos. Em seguida, o consórcio firmou parceria com o governo do Estado de São Paulo tendo sido realizados importantes projetos tais como: o Plano de Macrodrenagem; a construção do Hospital Regional Mário Covas (Santo André) e do Hospital Regional Serraria (Diadema); implantação das FATECs – Faculdades de Tecnologia (Santo André/Mauá/ São Bernardo do Campo/São Caetano do Sul); o Movimento de Alfabetização de Jovens e Adultos, o Movimento Criança Prioridade 1; o Projeto Alquimia de Qualificação Profissional para a Indústria do Plástico, incluindo o acordo para implantação do Trecho Sul do Rodoanel.

De acordo com informações retiradas do endereço eletrônico do referido ente consorciado, nos últimos anos a região vem recebendo apoio do Governo Federal, tendo obtido sucesso ao articular as medidas necessárias à expansão do Pólo Petroquímico, à criação e instalação da Universidade Federal do ABC, liberação de recursos para as obras do Coletor Tronco, implantação do Posto Regional do BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento).

Também foram desenvolvidos importantes programas sociais por meio de convênios de parceria com o governo federal, tais como os programas: ‘Planteq ABC’ – Plano Territorial de Qualificação Profissional; fortalecimento das Políticas de Gênero e Igualdade Racial; além do apoio ao projeto Casa Abrigo Regional Grande ABC, de atendimento às mulheres vítimas da violência.

A atuação em parceria com a Agência de Desenvolvimento Econômico também tem sido fundamental para o avanço do Consórcio Intermunicipal no que se refere à produção dos diagnósticos sobre a evolução da economia regional; ao apoio às micro e pequenas empresas, sobretudo por meio do desenvolvimento dos programas de fomento às incubadoras de empresas dos Arranjos Produtivos Locais.

Como pode ser verificado, a experiência citada e o impacto ou repercussão que ela vem causando ou tendo (desde sua criação e posterior regulamentação face à legislação atual), em termos de gestão pública local, tem chamado atenção pelo Governo Federal visto a influência que, neste, também pode haver a partir dessa iniciativa cooperativa local.

CAPITULO 3 – DA INSERÇÃO DAS REALIDADES ADMINISTRATIVAS LOCAIS NO CONTEXTO DE PÓS-REFORMAS ADMINISTRATIVAS E DA GLOBALIZAÇÃO

Neste capítulo o cerne expositivo será contextualizar a atuação administrativa local no processo de reforma administrativa do Estado e de incidência da globalização para que se possa visualizar melhor a influência que as realidades administrativas locais possam vir a ter em termos de ganhos e/ou benefícios em realidades administrativas que extrapolam as suas demarcações ou limites geográficos.

Entender, hoje, a administração pública local pressupõe a sua inserção no processo de transformação mais amplo do próprio Estado como um todo, desde a época Absolutista, passando pela época Liberal e, a sua conseqüente compreensão no período do Estado Providência do século XIX, até se chegar à influência exercida sobre o mesmo pelo processo de mundialização ou globalização.

Rapidamente pode-se dizer que durante o Estado Absolutista, a administração pública estava jungida à própria figura do monarca que conjugava em si as funções de legislar, julgar e administrar. A vontade da Administração Pública era a vontade do próprio Rei, sendo que neste período especificamente as localidades administrativas não possuíam ou detinham qualquer influência significativa no agir administrativo do Estado.

No que tange à fase posterior, consubstanciada no Estado Liberal oitocentista, a atuação administrativa estatal pode ser considerada quase nula em termos prestacionais face ao próprio abstencionismo da figura do Estado que se pautava, tão somente, pela preservação da liberdade econômica e da esfera individual a

qualquer custo. A Administração Pública era desprovida de significativas formas de intervenção (seja negativamente ou positivamente, falando), predominando a máxima '*laissez faire, laissez passer*', bem como a idéia básica de não ingerência administrativa em qualquer esfera ou nível governativo existente.

Diferentemente, no período do Estado Social ou de Providência do final do século XIX, diante da constatação ou verificação da decrescente capacidade do mercado se auto-regular e, ao mesmo tempo, face à crescente heterogeneidade social que exigia ou forçava a figura estatal a exercer uma postura cada vez mais pró-ativa, visando ou com fins de atender melhor às demandas sociais, a intervenção administrativa tornou-se importante e, até mesmo, crucial. A justiça social, bem como a igualdade ou isonomia material e concreta entre as pessoas passa, neste contexto, a se tornar a lógica predominante do agir da Administração Pública.

No entanto, e, valendo-se do entendimento de ERNEST FORSTHOFF³⁹¹ de que "*cada época da história dos Estados produz um tipo próprio de Administração, caracterizado por seus fins peculiares e pelos meios de que se serve*", pode ser afirmado que, embora o intuito da Administração Pública no período do Estado Social fosse de certa forma nobre (em sua concepção original de controle da disparidade social que à época anterior era cada vez mais excludente), o modelo administrativo interventivo mostrou-se, ao longo do tempo, exageradamente presente e acabou por não conseguir obter os melhores resultados em face da sua estruturação ou organização demasiadamente burocrática e custosa. Por ter chamado para si própria a responsabilidade de suprir todas as necessidades econômico-sociais da coletividade, fato facilmente verificado foi o da insuficiência financeira e de capacidade ou competência técnica para lograr, com êxito, as necessidades crescentes da população³⁹².

³⁹¹ FORSTHOFF, Ernest *apud* CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. "*Curso de Direito Administrativo: Parte geral, intervenção do Estado e Estrutura da Administração*". Belo Horizonte: JusPodivm, 2008, p. 772.

³⁹² A visão do cientista político Fernando Luis Abrúcio diagnostica a crise: "*Os Estados estavam ainda sobrecarregados de atividades, acumuladas ao longo do pós-guerra, com muito a fazer e com poucos recursos para cumprir todos os seus compromissos (Peters, 1992, p. 305)*". Outro fator apresentado pelo autor seria o que ele denomina de 'ingovernabilidade'. Nas palavras dele: "*O terceiro fator detonador da crise do Estado contemporâneo, portanto, foi o que, na linguagem da época, chamou-se de situação de 'ingovernabilidade': os governos estavam inaptos para resolver seus problemas*". Cfr. ABRÚCIO, Fernando Luiz. "*Os avanços e os dilemas do modelo pós-burocrático: a reforma da administração pública à luz da experiência internacional recente*". In: PEREIRA et. al.

Após a fase do Estado Social, adentra o Estado no momento denominado pós-social ou pós-moderno devido, principalmente à incidência do fenômeno da globalização. Lembra ODETE MEDAUAR³⁹³ que tal fenômeno que seria substancialmente econômico em sua concepção original, acabou por trazer fortes repercussões no âmbito político, social e jurídico.

Com relação a este último aspecto, ressalta a autora citada acima³⁹⁴ que embora formalmente os Estados continuem a exercer, com soberania, sua autoridade nos limites do seu território, dificilmente conseguem decidir por si e para si os vários aspectos de suas políticas (daí, se falar em certa internacionalização dos sistemas jurídicos que, em geral, se tornam permeáveis a diretrizes e padrões oriundos de tratados ou convenções que objetivam, em regra, a harmonização de conceitos e soluções).

Contudo, essa relativização da soberania estatal e de sua autoridade não vem sendo influenciada, somente, por aspectos externos. Internamente, a realidade da multiplicidade de poderes públicos que se interconectam (sem haver necessariamente hierarquia), pressupondo a existência de interdependência entre eles, vem atuando ou ganhando projeção.

Neste sentido, seguindo a linha evolutiva que se pretendeu traçar da atuação administrativa do Estado, poderá ser dito que não de forma abrupta ou repentina, cada vez mais vem sendo necessária uma contínua adaptação dos modelos administrativos a serem exercidos ou executados.

Percebe-se que é neste cenário de mudanças que será inserido o papel que, contemporaneamente, vem cabendo às administrações públicas locais, mediante o cooperativismo administrativo local que, incitando o mútuo auxílio, se vale ou se utiliza da difusão de conhecimentos, estratégias e experiências administrativas, para melhor obter ou alcançar um parâmetro de governança ou gestão pública jungida a uma melhor integração ou desenvolvimento social.

De certo que nos Estados contemporâneos, diversas e relevantes problemáticas (tais como: o desenvolvimento sustentável, ambiente e ordenação do território,

"Reforma do Estado e administração pública gerencial". Org. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter K.. 3^a ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 176.

³⁹³ MEDAUAR, Odete. "O Direito Administrativo em evolução", 2^a ed. São Paulo: RT, 2008, p. 94.

³⁹⁴ Idem, ibidem, p.94 e 95.

etc.) referentes à atuação do direito administrativo, têm sido encaradas como questões que precisam ser discutidas e solucionadas em um ambiente multinível, ou seja, em diversas esferas ou ordens governativas face ao alcance das conseqüências advindas de sua incidência nas realidades sociais também diversas entre si (realidade local, regional, nacional e supranacional).

Para que possa haver essa interferência multinível, pontos ou assuntos tais como a descentralização administrativa; a aplicabilidade do princípio da subsidiariedade com reforço da autonomia local, bem como a governança precisam ser tratados para que se possa reconhecer que dentro do processo de globalizatório e de reforma administrativa, o atual desempenho das localidades administrativas (no caso em tela, das municipalidades administrativas) necessita deixar de ser refratário ou restrito, ou seja, devem elas deixar de ser meras realidades executórias de decisões ou ações administrativas já previamente determinadas por um ente central, passando a assumir uma conotação ou viés pró-ativo no que se refere à governança pública. Passar-se-á, então, à análise de cada um desses pontos.

Primeiramente, com relação ao processo de descentralização administrativa, tem-se que concordar com TULIA FALLETI³⁹⁵ quando ressalta que *“a larga escala de transferência de recursos, responsabilidades e, autoridade trouxe os governos subnacionais para o ‘front’ das políticas. As ‘manchetes’ internacionais atuais testemunham a importância das eleições subnacionais e da governança local de determinados assuntos. O movimento ou processo de descentralização tem, também, trazido importância para a questão das relações intergovernamentais, uma vez descrita como ‘escondida’ ou como quarto ramo ou ramificação do governo”* ³⁹⁶ (tradução própria).

Entendida como um processo, como bem lembra TULIA FALLETI³⁹⁷, a descentralização da atuação administrativa é necessária, hoje, para que serviços ligados aos direitos fundamentais das pessoas, tais como educação; saúde; transporte público, infra-estrutura, etc. possam ser, eficazmente, fornecidos. A

³⁹⁵ FALLETI, Tulia G.. *“A sequential theory of decentralization: Latin American cases in comparative perspective”*, American Political Science Review, vol. 99, n. 3, Cambridge University Press, 2005.

³⁹⁶ Idem, ibidem, p.327

³⁹⁷ Idem, ibidem, p. 328.

descentralização, neste sentido, deve garantir, por assim dizer, que o processo de elaboração de decisões seja reforçado nas esferas administrativas locais se assim for entendido como sendo o melhor ou mais adequado para a construção ou concretização de externalidades positivas de acordo com os assuntos a que se referem e, de acordo com a amplitude ou repercussão que os mesmos detêm ou que dele possam surgir.

Vê-se que a descentralização guarda relação com a autonomia dos entes locais podendo ser dito que esta decorre ou é mais bem verificada em contextos nos quais se constata uma não concentração do procedimento organizatório para a elaboração ou concretização de decisões administrativas, principalmente em nível local (que é o que mais interessa a este estudo).

Como será visto adiante (quando for ser abordada a questão da autonomia dos entes locais), ao se conjugarem essas duas idéias – descentralização e autonomia – facilmente se visualizará que o tormentoso ponto da dependência administrativa (seja em termos organizatórios ou financeiros) para com outras esferas administrativas governativas quedará se não superado, ao menos, diminuído ou enfraquecido sendo que a possibilidade de existência das formas de associativismo local é prova dessa incipiente realidade.

De acordo com ANTÓNIO REBORDÃO MONTALVO³⁹⁸, no plano estritamente administrativo, o novo contexto da gestão pública local acaba por determinar a adoção de formas, procedimentos e técnicas que exigem ou impõem a cooperação intermunicipal³⁹⁹.

Citando CHARLES DEBBASCH⁴⁰⁰, assevera o citado autor português que a descentralização repousa na idéia de uma gestão pelos administrados dos assuntos que mais diretamente possam lhes dizer respeito e, que essa gestão quando não puder ser de forma direta, que seja, ao menos, mediante atuação de representantes

³⁹⁸ MONTALVO, António Rebordão, Op. cit., pp. 88 e 89.

³⁹⁹ O referido autor exemplifica tal situação citando o caso dos procedimentos de elaboração dos planos regionais de ordenamento do território ou de planos de ordenamento da orla costeira na realidade do contexto social português. Lembra, ainda, que tal técnica associativa também mostra-se presente e eficaz no caso da realização conjunta de investimentos entre os municípios para o atendimento ou satisfação de interesses comuns nos casos de captação e distribuição de água, de recolha e tratamento de lixos e, até mesmo, de promoção turística e cultural. Cfr. MONTALVO, op.cit., p. 89.

⁴⁰⁰ Idem, ibidem. p.71.

seus que “disponham de capacidade administrativa e financeira para gerir os assuntos próprios dessas localidades” (grifo próprio).

Segundo ele, “o aspecto fundamental da descentralização administrativa é, portanto, a autonomia de uma autarquia local”⁴⁰¹. Neste aspecto, a personalidade jurídica desses entes locais e o reconhecimento de sua autonomia formal de atuação pela ordem jurídica seriam e, são, condições ou pressupostos para que se possa falar em descentralização e para que da iniciativa dos mesmos possam surgir experiências cooperativas⁴⁰².

A realidade permitida atualmente, tanto constitucionalmente como infraconstitucionalmente, pelos ordenamentos jurídico-administrativos português e brasileiro – que foram foco de análise específica no capítulo segundo – comprova que se não houvesse como pano de fundo o processo de descentralização administrativa, as vantagens que dele os contextos sociais poderiam obter como, por exemplo, a criação e manutenção de um sistema de equilíbrio de contrapoderes mediante a disposição do poder político, bem como a obtenção de uma mais maleável e adaptável governação (permitindo-se, inclusive, combinar a uniformidade legislativa de um estado unitário como Portugal com a diversidade de problemáticas e de interesses de suas comunidades locais), não poderiam ser auferidos, comprometendo não somente o processo de desenvolvimento local, mas, também, o desenvolvimento em nível nacional e, quiçá, supranacional^{403 - 404}

Aliás, questiona-se: como seria possível concluir que o poder intergovernamental dependerá da capacidade organizacional local para que realmente se possa compreender a relevância da facilitação da coordenação entre as esferas locais, se não for num ambiente descentralizado? Realmente, seria demasiadamente difícil a ocorrência desses processos locais de interação administrativa sem se levar em consideração o processo de descentralização do comportamento administrativo.

Com relação à aplicabilidade do princípio da subsidiariedade, aqui se adotará a compreensão fornecida pela ‘Carta Europeia de Autonomia Local’ em seu artigo 4º,

⁴⁰¹ Idem, ibidem. p. 72.

⁴⁰² Cfr. neste sentido, MONTALVO, António Rebordão. Op. cit., p.72.

⁴⁰³ Idem, ibidem, p.72 e 73.

⁴⁰⁴ Acerca, ainda, da questão da descentralização cfr. MOREIRA, Vital. “Administração Autônoma e associações públicas”, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, especialmente as páginas 74, 143 e 249.

n. 3, segundo o qual as decisões administrativas (e, diga-se de passagem, não somente elas) devem ser tomadas levando-se em consideração o maior grau de proximidade possível dos cidadãos a quem se dirigem, ou seja, devem ser elaboradas *“pelo nível administrativo mais próximo e diretamente responsável face aos cidadãos, apenas devendo intervir o nível superior nos casos em que isso é indispensável”*⁴⁰⁵.

A noção de subsidiariedade está ligada à de democracia, sendo, atualmente, como bem observa ANTÓNIO MONTALVO, uma *“afirmação do primado da pessoa humana e da autonomia do indivíduo no seio da sociedade”*⁴⁰⁶. Tendo uma utilização essencial em tempos de mudanças nas formas de gestão ou governança (principalmente, local), é a subsidiariedade uma expressão que está inserida *“num contexto marcadamente político de transformação do papel do Estado na comunidade nacional e de aumento da interdependência entre os Estados no quadro da comunidade internacional”*⁴⁰⁷.

Valendo-se do que escreve FABRIZIO GRANDI⁴⁰⁸ pode-se dizer que a subsidiariedade permite que a prossecução de determinado interesse público seja feita, quando não pelo próprio cidadão ou indivíduo, por entidades governativas intermediárias entre o mesmo e o Estado (entendido, aqui, como realidade administrativa central). A subsidiariedade se manifesta, em observação feita por Grandi⁴⁰⁹, *“como um princípio de ética, organização e legitimação política,*

⁴⁰⁵ MONTALVO, António Rebordão. Op. cit., p.76.

⁴⁰⁶ Idem, ibidem, p.76.

⁴⁰⁷ Idem, ibidem, p.77. Seguindo esta mesma linha de raciocínio, só que do ponto de vista da ordem jurídica brasileira, RAFAEL CARVALHO OLIVEIRA, observa bem que, em termos ou no âmbito das relações políticas, *“a subsidiariedade denota a idéia de repartição de competências entre os entes federativos (ordem jurídica interna) ou entre Estados Nacionais (ordem jurídica internacional) com importância destacada para o poder local, que se encontra mais próximo do cidadão”* (grifo próprio). Cfr. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *“A Constitucionalização do Direito Administrativo: o Princípio da Juridicidade, a releitura da Legalidade Administrativa e a Legitimidade das Agências Reguladoras”*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 96. Faz todo sentido a observação feita pelo jurista brasileiro na medida em que e, de acordo com a perspectiva adotada no presente trabalho, por estarem as localidades muito mais atentas (ao menos em tese) ou, ao menos, com muito mais capacidade de entender os problemas e reclames dos cidadãos, esta mesma proximidade poderá refletir e influenciar, diretamente, na decisão dos entes locais interessados em adotar o processo de associativismo, justamente para melhor poder atender os interesses públicos existentes.

⁴⁰⁸ TANCREDO, Fabrizio Grandi Monteiro de. *“O Princípio da subsidiariedade: as origens e algumas manifestações”*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XLVI, n.1, 2005, p.186.

⁴⁰⁹ Idem, ibidem, p. 193.

pressupondo vários níveis de decisão e de conformação das relações sociais” (grifo nosso).

É clara a característica de que a subsidiariedade “*nega o monopólio da Administração Pública na realização do interesse público*”⁴¹⁰ e, concretiza a idéia abarcada pelo princípio da participação que, indubitavelmente, se liga à noção de que esta (a participação) também deve contar com a possibilidade de elaboração de técnicas organizacionais no âmbito das administrações públicas locais integradoras de esforços para a superação de certas crises e alcance de soluções para a conformação de problemáticas comuns a elas.

Se, como lembra FABRIZIO GRANDI⁴¹¹, a subsidiariedade tem como fundamento a preservação da capacidade autodeterminativa dos indivíduos, é certo que quando os mesmos não puderem ou não se encontrarem em situação que julguem ser ou estar aptos a participar ou atuar na busca do citado interesse público, outras formas técnico-administrativas (caso existam, obviamente) que melhor se aproximam deles devem entrar em cena ao invés de terem os indivíduos que se subjugarem ao exercício efetivo do ente central. Aliás, por estar a subsidiariedade ligada à noção de atuação administrativa voltada ou mais próxima à autodeterminação individual, pode-se dizer que os mecanismos que a consagram acabam por melhor concretizar direitos fundamentais da coletividade.⁴¹²

A correta compreensão e a adequada aplicação deste princípio permite que um número de problemas em contínuo e progressivo avanço seja solucionado ou venha a encontrar soluções plausíveis mediante a ultrapassagem de fronteiras ou limites territoriais de cada Estado (em nível supranacional) e de cada localidade (em nível nacional).

Enquanto princípio regulador das relações entre os Estados, suas regiões e autarquias locais ou localidades (em sentido que abarque a realidade brasileira), a

⁴¹⁰ Idem, *ibidem*, p. 186.

⁴¹¹ Idem, *apud* TORRES, Silvia Faber. Op. cit., p. 188.

⁴¹² A respeito da correlação com a dignidade humana aponta Fabrizio Grandi, citando Silvia Torres que: “*temos a certeza de que a dignidade humana inspira o princípio da subsidiariedade, informando que o ser humano é fundamento e fim de todas as instituições sociais. Na prática, retirar o direito do homem de ser conformador de si próprio, submetendo-o aos dirigismos estatais representaria esvaziar a sua própria natureza humana*”. Op. cit., p. 191.

subsidiariedade como bem lembra MONTALVO⁴¹³ *“implica no plano normativo a renúncia do legislador nacional e regional a uma regulamentação excessiva das matérias que constituem atribuições das regiões e dos municípios, permitindo-lhes manter uma margem de intervenção suficiente”*⁴¹⁴ (grifo nosso).

De certo que a dita ‘margem de intervenção suficiente’ está relacionada com a capacidade administrativa organizacional e decisória que às localidades deve ser estimulada a exercerem podendo-se ter, portanto, neste princípio, mais um argumento justificador e legitimador da cooperação entre as localidades administrativas.

Assevera VITAL MOREIRA⁴¹⁵ que por as administrações públicas autônomas serem compostas por instituições que abarcam ou abrigam os interessados e, por constituírem comunidades políticas menores, ou seja, infra-estaduais, a utilização da subsidiariedade justifica em certas circunstâncias, a preferência da administração autônoma sobre a do Estado.

Tendo tal raciocínio como parâmetro, pode-se dizer, portanto, que em termos de estruturação organizacional e administrativa, às realidades cooperativas entre localidades administrativas – enquanto instituições representativas ou exemplificativas das ditas ‘administrações autônomas’ – deve ser aplicada a idéia de subsidiariedade, pois, afinal, elas ajudam a concretizar a manifestação do que seria a atuação do ‘poder local’.

Aliás, a referência acima à atuação do ‘poder local’ faz com que seja feita uma rápida abordagem acerca de outro aspecto importante e que facilita o entendimento do processo cooperativo ou de associativismo local em termos administrativos, qual seja, a autonomia local. Como se verá, a partir de um entendimento mais contemporâneo da mesma, as formas de cooperação entre as administrativas públicas locais trabalhadas no presente trabalho poderão ser tidas como suas expressões ou concretizações.

⁴¹³ MONTALVO, António Rebordão. Op. cit., p.78.

⁴¹⁴ Cfr. Neste mesmo sentido, a declaração final da Conferência internacional sobre *“As Cartas de Autonomia Local e Regional do Conselho da Europa: A Subsidiariedade em ação”* – Ancona, 14 a 16 de Out. de 1999, Estrasburgo: Conselho da Europa.

⁴¹⁵ MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 250.

A autonomia local enquanto conceito próprio vem sofrendo grandes mudanças em sua compreensão e, atualmente, não deve ser vista apenas sob a ótica clássica⁴¹⁶ de divisão estanque de tarefas e competências entre os níveis de exercício governativo – baseado no método de divisão de tarefas mediante o entendimento do que seria ‘interesse local’ e ‘interesse nacional’ – e concessão de liberdade para exercê-la⁴¹⁷.

De certo que estes são elementos que de alguma forma compunham o seu entendimento, mas de que adiantaria se referir a eles se, na prática, ao garanti-los às localidades, as mesmas não conseguissem (como de fato não conseguiram e, não vêm conseguindo) realizar os seus objetivos por ausência de recursos financeiros (como ainda acontece, por exemplo, na realidade brasileira)? Certamente, o seu núcleo de entendimento ficaria comprometido, tornando-a inócua. Portanto, para sua real compreensão o recomendado é que haja uma correlação entre esses elementos, já que estão interligados. Caso contrário, os entes locais ficam sob a dependência excessiva do Estado (ente central).

Portanto, para se evitar tal quadro (dependência perante o ente administrativo central), uma noção nova vem sendo dada à autonomia de forma que, duas situações importantes sejam conciliadas: a de que não seja dado aos assuntos de interesse público um tratamento estanque (permitindo-se a interpenetração do ente central na esfera local e desta naquele) e a de que se evite que a administração local torne-se mera executora de políticas previamente determinadas pelo ente central.

Neste sentido, adota-se, aqui, a compreensão da ‘autonomia como participação’, sendo a cooperação um elemento orientador das relações entre as localidades e os níveis centrais de Administração Pública. Por este entendimento, originado da

⁴¹⁶ Ainda sobre o entendimento clássico sobre a conceituação da autonomia, cfr. OLIVEIRA, António Cândido de. *“Direito das autarquias locais”*. Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 125-129.

⁴¹⁷ O método tradicional de sua compreensão estava fulcrado na idéia de relação entre Estado e suas unidades autônomas. Conforme se verá, por não haver, atualmente, como determinar o que seja interesse ou assunto próprio de um e de outro ente administrativo, tal visão restará, de certa forma, comprometida, uma vez que, conforme assevera António Cândido de Oliveira citando BAGUENARD: *“Assume cada vez mais relevância, a existência de assuntos ‘mistos’ que reclamam ao mesmo tempo a intervenção do Estado e das autarquias locais”*, falando-se, portanto, em “crise” da compreensão tradicional da autonomia. Nestes termos, cfr. OLIVEIRA, António Cândido de. Op. cit., p. 129-141.

concepção funcional alemã⁴¹⁸, mas também defendido em França⁴¹⁹, mediante a realidade de que na maioria das vezes e, em virtude do progressivo aumento da complexidade das demandas sociais, as localidades podem não deter recursos financeiros proporcionais e suficientes ao seu melhor atendimento, ao invés de se permitir que haja uma ingerência absoluta pelo ente central, permite-se que elas (localidades) cooperem, participem dos processos de decisões a serem tomadas (*'decision making process'*).

Para nós está claro que esta participação (que no fundo irá potencializar a melhora do processo de governança não somente das localidades em si, mas de esferas macroadministrativas) nos processos de decisão pode ser observada ou constatada nos processos de associativismo administrativo local através dos quais as representações administrativas locais trocam experiências governativas entre si no que se refere a modelos de atuação e intervenção no meio social; de sustentabilidade e desenvolvimento do ordenamento territorial; das formas alternativas e criativas de superação de dificuldades financeiras, dentre outras capazes de representar uma típica conjugação de esforços com fulcro na obtenção de melhores resultados em termos de governança e integração social.

CAPITULO 4 – DA GOVERNANÇA CONTEMPORÂNEA

4.1 – Enquadramento geral do processo de governança e a sinalização de práticas que concretizam o seu significado

A governança pública atual, por uma questão de necessidade, vem ganhando contornos cada vez mais importantes visto que foi e, continua sendo compreendida como um “*modelo alternativo a estruturas governativas hierarquizadas*”⁴²⁰.

⁴¹⁸ Sobre a concepção funcional da autonomia, cfr. OLIVEIRA, António Cândido de. Op. cit., p. 149 e ss.

⁴¹⁹ Cfr. OLIVEIRA, António Cândido de. Op. cit., p. 157 e ss.

⁴²⁰ Neste mesmo sentido, OLIVEIRA, Gustavo Justino de. “*Governança pública e parcerias do Estado: a relevância dos acordos administrativos para a nova gestão pública*”, p. 1 em www.ambitojuridico.com.br. Acessado em 10/03/2009.

Trata-se de uma forma de gestão que faz com que os níveis governativos, para além de se tornarem eficazes em termos de economia de mercado, atuando com sua capacidade máxima de gestão, também garantam e respeitem em sua atuação normas e valores próprios das sociedades democráticas⁴²¹.

Conforme se vê, trata-se de um processo que tem como escopo superar a Administração Pública tradicional derivada em grande medida da percepção Weberiana de tomada de decisões administrativas⁴²² ao mesmo tempo em que preza pela configuração de concretas redes intergovernamentais e interadministrativas fulcradas na cooperação, principalmente no que tange à elaboração e execução de políticas públicas, como bem observa JUAN-CRUZ ARANGUREN⁴²³.

Apoiando-se no pensamento de GERRY STOKER⁴²⁴ de que além da administração pública focar suas estratégias em objetivos ligados à eficiência do serviço disponibilizado ao cliente ou cidadão, outro paradigma da atuação ou gestão pública deve ser observado, qual seja, o de ter como meta a reivindicação de uma maior ambição voltada para a busca de resultados públicos de uma forma otimizada e que consiga transparecer maior valor social.

Vê-se, portanto, que abordar a questão da governança pública na realidade atual implica, mais do que nunca, fazer com que haja uma correlação direta entre a atuação administrativa dos entes governativos e o respeito aos interesses de

⁴²¹ Cfr. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Op.cit., p.1.

⁴²² Sendo tida como meio alternativa à hierarquizada e hermética capacidade governativa, a compreensão atual do processo de governança está atrelada à elaboração do processo de decisão em termos administrativos do Estado mediante a colaboração entre os entes governativos e entre estes e a própria sociedade civil.

⁴²³ ALLI ARANGUREN, Jaun-Cruz “*La Governanza Local*”. Revista de Estudios de La Administración, n. 291, enero-abril, 2003, Madri: INAP, 2003, p.46-47. Em feliz análise lembra ainda o professor da Universidade de Navarra que a noção de governança volta-se para a substituição da chamada ‘razão de estado’ pela ‘razão de humanidade’, ou seja, passa-se a se preocupar com questões ligadas aos direitos humanos, pluralismo cultural e solidariedade. Nas palavras do referido autor (Op. cit., p. 49): “*El concepto de ‘raison d’humanité’ debe ser el sustituto construtivo de la ‘raison d’etat’: expresa la idea de que la humanidad tiene necesidades y aspiraciones que la gobernanza en todos sus niveles debería favorecer como una de sus tareas principales (...)*”. É neste sentido que se pensa, aqui, que instrumentos voltados para a gestão associada de serviços com externalidades positivas para a sociedade devem ganhar relevância no quadro do direito administrativo local com vistas a potencializar a qualidade de vida dos cidadãos das localidades estudadas.

⁴²⁴ STOKER, Gerry. “*Gestão do Valor Público: A Administração Pública orientada pela missão?*” tradução de TELES, Filipe, in “*Estado, Sociedade Civil e Administração Pública: para um novo paradigma do serviço público*”, Editora Almedina, Coimbra, 2007, p.26. No original: “*Public Value Management. A New Narrative for network Governance?*”, vol. 36(I), 2006, p. 41-47.

relevância social. A preocupação com a prestação de qualidade de serviços que reverterem algum valor público para a coletividade faz com que criativas formas de manifestação da governança pública sejam pensadas, elaboradas e colocadas em prática⁴²⁵. Certamente, a desconstrução do centralismo decisório, principalmente em termos administrativos, mostra-se um elemento de observação obrigatória quando se aborda essa temática, sendo que a *“interação entre os distintos níveis de governo, e, entre estes e as organizações empresariais e da sociedade civil”*^{426, 427} representa uma dessas formas criativas (grifo próprio).

Em termos de governança local, pode-se dizer que melhores e mais capacitados mecanismos ou técnicas de atuação que façam com que haja maior comprometimento e responsabilização dos entes administrativos locais, devem ser fomentados, estimulados para se atingir o citado ‘valor público’. Por estas novas técnicas, garante-se, aliás, não somente maior comprometimento das esferas administrativas locais como, também, faz com que haja um reforço da autonomia do poder local, tornando-as mais pró-ativas em termos de formulação e tomadas de decisões que irão repercutir, num primeiro momento, no contexto social diretamente vinculado a elas.

Diz-se num primeiro momento, porque dependendo da decisão que venha a ser aplicada para determinada problemática, poderá haver repercussões em outras localidades em virtude da abrangência que o problema mencionado possa ter.

⁴²⁵ Como embasamento dessas novas de gestão criativas em termos administrativos, tem-se o pensamento, de VAZ, Domingos. Op. cit., p. 14 para quem: *“o conceito de governança (do inglês “governance”) traduz uma deslocação do foco do poder institucional de uma instância única, que monopoliza, para uma variedade de instâncias, de agentes e de competências – técnicas, jurídicas, gestórias, etc. – de carácter público ou privado, dando lugar ao esbatimento das tradicionais hierarquias e estimulando as sinergias, as redes e a interação entre o conjunto de actores, cujas interdependências funcionam numa lógica horizontal”* (grifo próprio).

⁴²⁶ OLIVEIRA Gustavo Justino de. Op.cit., p.1.

⁴²⁷ Daí se falar em sistemas de governança multinível ou em governança multicentralizada ou policentralizada (como preferem denominar parte da doutrina). A dispersão da incumbência de atendimento do interesse público ou social, com forte tendência ao já citado ‘valor público’ em múltiplos centros decisórios, não pode (ao que tudo indica) desconsiderar o associativismo ou cooperativismo local como exemplificação dessa nova visão ou percepção da atuação da Administração Pública. Neste sentido, acerca do processo de interação entre diferentes níveis governativos, asseveram Gary Marks e Liesbet Hooghe que: *“An extensive literature on federalism examines the optimal allocation of authority across multiple tiers of governments and how government at different levels interact”*. Cfr. MARKS, Gary e HOOGHE, Liesbet. *“Unraveling the Central State, but how? Types of Multi-level Governance”*, American Political Science Review, vol.97, n.2. Londres, 2003, p. 234.

Neste sentido, o reforço ou estímulo à cooperação local faz com que essa tomada de decisão se dê de uma forma mais racionalizada e que haja uma modelação dos efeitos governativos de ordens administrativas micro para macro.

Assim, o processo de construção de um projeto de governança contemporâneo acaba por ter, sob a perspectiva do presente trabalho, duas abordagens: uma sob a perspectiva nacional e a outra sob a visão supranacional da governança a partir de experiências que reflitam melhor desenvolvimento e integração social.

Conforme se viu no direito administrativo brasileiro a figura dos consórcios públicos⁴²⁸ vem tendo, para a experiência de governança nacional, substancial influência e importância ao aperfeiçoar experiências próprias de cada ente consorte mediante o estabelecimento de um acordo ou ajuste, racionalizando o fornecimento qualitativo de externalidades positivas para os contextos sociais que abarcam. Tanto é que vários Estados-Membros da Federação Brasileira tais como: Paraná (PR)⁴²⁹, Mato Grosso do Sul (MS)⁴³⁰, Santa Catarina (SC)⁴³¹, São Paulo (SP)⁴³² dentre outros, têm se valido deles para auferir maiores e melhores resultados em termos de governança. A consequência, por certo, será a reversão destes benefícios oriundos de esferas microadministrativas para a esfera nacional que acabará por apoiar e incentivar essas práticas associativas locais.

Embora seja sentida mais facilmente em esferas administrativas internas de determinada nação, o aperfeiçoamento do entendimento acerca da governança não deixa de ganhar respaldo ou ter cabimento no contexto supranacional.

Consciente dessa repercussão para além das fronteiras ou limites administrativos locais e dos benefícios que podem ser obtidos, a União Européia, como já referido anteriormente, fez menção à necessidade de se ter um processo de governança em âmbito supranacional ao elaborar, em 2001, o 'Livro Branco sobre a Governança Europeia', sinalizando que a governança "*designa um conjunto de regras, processos e práticas que dizem respeito à qualidade do exercício do poder em nível europeu*"⁴³³.

⁴²⁸ Neste sentido cfr. http://www.polis.org.br/publicacoes/dicas/dicas_interna.asp?codigo=100

⁴²⁹ Cfr. o endereço eletrônico <http://www.consorciodesaude.com.br>

⁴³⁰ Idem <http://www.cidema.org.br>

⁴³¹ Idem <http://www.ibere.org.br/index.php>

⁴³² Idem <http://www.civap.com.br/apresent/index.php>

⁴³³ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Op. cit., p.1.

Embora seja um documento considerado como sendo ‘*soft law*’, ou seja, desprovido de força jurídica obrigatória ‘*per si*’, não é correto entendê-lo como irrelevante, visto que podem produzir efeitos jurídicos indiretos, principalmente no que concerne à produção de efeitos práticos.⁴³⁴

Ao revelar uma Europa tangível e, em pleno desenvolvimento, baseada numa governança em diversos níveis em que cada interveniente atua em razão de sua capacidade pessoal ou de acúmulo de conhecimentos acerca de maneiras de gestão pública, o referido diploma sinaliza o caminho para o êxito em termos de ação administrativa supranacional.

O processo de governança amplamente considerado deve ser visto, portanto, como passível de materialização mediante um processo comunicativo em diversos níveis, fulcrado nas trocas de experiências e razões orientadas para determinado grau de entendimento.

Os ganhos com a gestão feita dessa forma poderão, então, ser compartilhados, passando da simples incidência em ambientes locais para níveis maiores de comportamento administrativo. Fala-se, pois, em ‘Governança Multinível’ em que, embora haja referência à intervenção/atuação de diversos entes governativos, o que se torna mais fundamental não é definir a partir de quem ela é realizada, mas a maneira, o modo como se verifica.

Daí o reforço à utilização de criativas e alternativas formas governativas em termos administrativos, tais como (no âmbito supranacional) as associações municipais portuguesas. É sabido que não há registro, por enquanto, de nenhuma experiência com influência em nível tão macro como este (até mesmo, devido ao fato da edição recente do novo regime jurídico que trata da matéria na realidade lusitana), não significando isto, que devam estas associações municipais serem taxadas ou qualificadas como meras ferramentas utópicas de concretização de uma melhor governança pública.

Feita essa abordagem, não poderia ser deixado de lado um importante ponto que se correlaciona com a temática do trabalho, qual seja: a fiscalização e a

⁴³⁴ Neste mesmo sentido, cfr. “Documento de Trabalho sobre as implicações institucionais e jurídicas do recurso a instrumentos jurídicos não vinculativos (*soft law*)” realizado pela Comissão dos Assuntos Jurídicos do Parlamento Europeu datada de 14 de fevereiro de 2007.

determinação da responsabilização que deve incidir quando se trata de conjugação de esforços administrativos, visto que o que também está em ‘jogo’ é a pluralidade de realidades locais. Por isso, a menção que será dada a seguir acerca do precesso de ‘accountability’.

4.2 – O processo de ‘accountability’ e sua vinculação à Governança contemporânea
Muito tem sido dito acerca da incidência da denominada ‘accountability’ em termos de governança pública querendo isto significar que haja, durante todo o procedimento governativo e de tomada de decisão pública, a existência de formas de controle e/ou responsabilização de modo a melhor garantir e preservar determinados fins públicos.

Em termos mais técnicos pode-se dizer que o processo de ‘accountability’⁴³⁵ refere-se a um verdadeiro método de aferição da legitimidade da atividade pública a ser realizada ou da validade de determinado serviço público a ser prestado à coletividade, não importando a pessoa jurídica (pública ou privada, coletiva ou não) responsável pela elaboração e execução da mesma. De certo que em termos de situações ou comportamentos administrativos e de gestão pública, principalmente face ao regime jurídico que incide sobre a atividade do Poder Público (tendo em vista, inclusive, a gama de princípios que por ele deve ser observada), desconsiderar a possibilidade de exercício de controle é, ao menos, suspeito e sem nenhum propósito.

JOHN FERREJOHN⁴³⁶ em interessante artigo a respeito do processo de ‘accountability’ numa perspectiva global inicia dizendo que este processo pode ser compreendido como se numa relação entre dois indivíduos A e B, na qual o primeiro é um agente responsável pelo segundo, este (B) teria, portanto,

⁴³⁵ John Ferrenjohn em interessante artigo a respeito do processo de ‘accountability’ numa perspectiva global inicia dizendo que este processo pode ser compreendido como se, numa relação entre dois indivíduos A e B, na qual o primeiro é responsável para com o segundo, este (B) teria, portanto, determinados direitos de exigir explicações acerca das razões ou motivos que levaram aquele (A) a tomar determinado comportamento. Nas palavras do autor, B “*may have some kind of authority to compel A to act in some particular way or to penalize her after the fact*”. Cfr. FERREJOHN, John. “*Accountability In a Global Context*”. Stamford: Stanford University, February, 2006, p.1.

⁴³⁶ Nas palavras do autor, B “*may have some kind of authority to compel A to act in some particular way or to penalize her after the fact*”. Cfr. FERREJOHN, John. “*Accountability in a Global Context*”. Stamford: Stanford University, February, 2006, p.1.

determinados direitos de exigir explicações acerca das razões ou motivos que levaram aquele (A) a tomar determinado comportamento. Vê-se, portanto, que se trata de uma forma genuína de busca de responsabilização, de um processo de controle e fiscalização e, em termos de direito administrativo, de um verdadeiro processo de controle da própria atividade administrativa a ser desenvolvida e pertinente à otimização do contexto social.

Superada a fase absolutista da Administração Pública (na qual imperava o não controle de sua atividade) abordar a questão do controle e da responsabilização é essencial como forma de garantia dos próprios cidadãos contra abusos ou ingerências. É ínsita à atividade administrativa a possibilidade, ou melhor, a necessidade de haver controle, pois sendo atividade caracterizada pelo comprometimento para com a boa administração e o bom exercício da função pública, qualquer comportamento administrativo desviante de seu intento público final deve ser alvo de invalidação e de afastamento de sua incidência.

O processo de 'accountability' assim proposto visa não somente obter um controle da própria atividade administrativa a ser desenvolvida (não importando a roupagem que a mesma apresente: se atividade realizada diretamente, indiretamente, ou por acordos ou associação interlocal, no caso em tela), mas favorecer a própria racionalidade da atividade a ser desenvolvida de acordo com a vinculação desta ao interesse ou finalidade pública objetivada.

É sabido que essa busca por processos representativos de racionalidade tem se mostrado importante em termos da melhoria da gestão dos recursos financeiros apresentados pelas administrações públicas, de forma a compatibilizá-los com determinados princípios impostas à organização administrativa do Estado, tais como da eficiência, moralidade, transparência, etc., no intuito de aperfeiçoar o processo de governança.

Assim sendo, em termos de fenômenos de associativismos locais, mesmo que o intuito de sua constituição seja importante, formando arranjos institucionais com vistas à superação de momentos de crise, de deficiências técnicas e financeiras, visando uma maior racionalidade administrativa de gestão do interesse público,

deve ele ser submetido a um processo rigoroso de conformação de sua elaboração, de seus objetivos estatuídos e, de execução da atividade pública pretendida.

Mesmo porque, não se pode perder de vista o fato de que em termos de processos cooperativos locais, há mais de uma realidade social envolvida que vivenciará os reflexos de tal decisão. Portanto, a questão do controle para eventual apuração da responsabilização por um procedimento decisório mal pensado ou refletido acaba por ser crucial.

Isso se justifica porque está em causa não apenas o aparato ‘particular’, digamos assim, de cada ente administrativo participante do processo de interação proposto, ou seja, as finanças ou recursos particulares de cada um deles, mas, também e, igualmente importante, os interesses das realidades sociais pertencentes a cada um desses entes políticos locais..

Do contrário, ter-se-ia uma nova proposta de gestão pública para além de ser tida como pretensamente utópica (reconhece-se que a proposta aqui levantada está sujeita a essa crítica, muito embora se defenda que essa mesma crítica possa se mostrar impertinente, diante dos exemplos trazidos e que já indicam a mudança de mentalidade em termos de gestão pública), equivocada ou flagrantemente ilegítima e ilegal.

CONCLUSÃO

Tentar desenvolver um raciocínio comparativo acerca de uma problemática comum entre duas ordens jurídicas distintas entre si no que refere, principalmente, à forma ou modelo da figura do Estado é, certamente, um desafio. Desafio que, conforme se pôde perceber ao longo do presente texto, ganha significativas proporções tendo em vista os assuntos a ele correlatos e que, de certa forma, acabam por condicioná-lo. Enumerá-los, agora, não se seria apropriado visto que foram bem delimitados (ou ao menos se espera que tenham sido) ao longo, principalmente, do desenvolvimento dos capítulos segundo e terceiro do presente trabalho.

Da contextualização deste desafio, verificou-se que, tendo em vista os atuais '*modus operandi*' e '*modus faciendi*' da estrutura administrativa, mecanismos de concertação e racionalmente participados, têm adquirido cada vez mais espaço no âmbito de discussões dos assuntos de direito público, de forma que, tentou-se fazer com que houvesse uma total coerência explicativa (mediante o estudo dos principais elementos da teoria habermasiana da 'ação comunicativa') que pudesse ser percebida no momento de descobrimento e compreensão do processo de associativismo local com fins de racionalização e objetivação de forças ou esforços para que respostas condizentes e eficazes pudessem ser apresentadas às problemáticas contemporâneas de que carecem as realidades locais inseridas na era globalizada.

Reconhece-se que há, ainda, barreiras a serem superadas ou vencidas e que nem sempre uma pretensa racionalidade comunicativa acabará por prevalecer (embora seja ela desejável) ou ser adotada em termos de melhorias do comportamento administrativo. Mas o que se pretendeu, justamente, foi trazer uma proposta (desprovida de qualquer caráter de definitividade) que pudesse ser vista como mais uma forma séria e possível de entender estas questões.

Crê-se, sim, que a proposta feita possa ser concretizada e, ao menos no contexto brasileiro, experiências como as citadas, demonstram ou sinalizam, ao menos, certo interesse pelas estruturas administrativas em, de forma racionalmente dirigida, conjugarem esforços e trocar experiências em termos de gestão pública local para que o citado compromisso constitucional de cooperação seja observado. De forma diferente e, tendo em vista, principalmente, o parâmetro adotado para se trabalhar a questão do associativismo dentro do contexto jurídico português, as concretizações de tal metodologia compartilhada de esforços para ultrapassar obstáculos comuns e que, ao mesmo tempo, possa positivamente refletir em âmbito supranacional (leia-se: na União Européia), talvez não tenham, ainda, sido observadas, devido à recente edição da legislação pertinente a esta temática de forma que, até a presente data, não há, realmente, nenhuma exemplificação explícita nestes termos e, em conformidade com o citado parâmetro escolhido.

Contudo, tal constatação, também, não deve ser tida como terminativa, pois acredita-se que, realizada de forma convincente, determinados e significativos valores públicos possam ser derivados desta maneira de se compreender a gestão pública e administrativa atual de maneira a serem aproveitados e analisados pelo próprio contexto europeu. Fica-se, portanto, aguardando a reflexão acerca da viabilidade da proposta elaborada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRÚCIO, Fernando Luiz. *“Os avanços e os dilemas do modelo pós-burocrático: a reforma da administração pública à luz da experiência internacional recente”*. In: PEREIRA et. al. *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. Org. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter K.. 3^a ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999
- ALLI ARANGUREN, Jaun-Cruz. *“La Governanza Local”*. Revista de Estudios de La Administración, n. 291, enero-abril, 2003, Madri: INAP, 2003
- BORE, Albert. *“As dimensões regional e local na criação de novas fronteiras de governança na Europa”*. Luxemburgo: Serviços das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2003
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *“Manual de Direito Administrativo”*, 19^a ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008
- CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *“Curso de Direito Administrativo: parte geral intervenção do Estado e Estrutura da Administração”*, Salvador: JusPodivm, 2008
- CASTRO, José Nilo de. *“Curso de Direito Municipal Positivo”*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *“Habermas e o Direito Brasileiro”*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008
- DELEBARRE, Michel. *“Parecer de prospectiva do Comité das Regiões – O contributo das autarquias regionais e locais para a estratégia da União Europeia para o Desenvolvimento Sustentável”*. Bruxelas: Jornal Oficial da União Europeia, 2007.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *“Direito Administrativo”*, 18ª ed.. São Paulo: Atlas, 2005
- DURÃO, Pedro, *“Convênios & Consórcios Administrativos: Gestão, Teoria e Prática”*. Curitiba: Juruá, 2004
- FALLETI, Tulia G.. *“A sequential theory of decentralization: Latin American cases in comparative perspective”*, American Political Science Review, vol. 99, n. 3, Cambridge University Press, 2005
- FEREJOHN, John. *“Accountability in a Global Context”*. Stamford: Stanford University, February, 2006
- HABERMAS, Jürgen. *“Teoria de la acción comunicativa II: crítica de la razón funcionalista”*. Trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid: Taurus, 1999
- MARKS, Gary; HOOGHE, Liesbet. *“Unraveling the Central State, but how? Types of Multi-level Governance”*, American Political Science Review, vol.97, n.2, 2003
- MEDAUAR, Odete. *“O Direito Administrativo em evolução”*, 2ª ed.. São Paulo: RT, 2008
- MEDAUAR, Odete. *“Direito Administrativo Moderno”*, 9ª ed. São Paulo: RT, 2005.
- MITZEN, Jennifer. *“Reading Habermas in Anarchy: Multilateral Diplomacy and Global Public Spheres”*. American Political Science Review, vol. 99, n.3. Cambridge: Cambridge Press, 2005
- MONTALVO, António Rebordão. *“O processo de mudança e o novo modelo da gestão pública municipal”*, Coimbra: Livraria Almedina, 2003
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *“Mutações do Direito Público”*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006
- MOREIRA, Luiz. *“Fundamentação do Direito em Habermas”*. 3ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004
- MOREIRA, Vital. *“Administração Autônoma e associações públicas”*, Coimbra: Editora Coimbra, 1997
- MOREIRA, Vital. *“Associações intermunicipais e áreas metropolitanas” in Direito Regional e Local*, n. 00 outubro/dezembro de 2007, Coimbra: Editora Coimbra, 2007

NABAIS, José Casalta. "A Autonomia Financeira das Autarquias Locais. In "30 anos de Poder Local na Constituição da República Portuguesa". Ciclo de Conferências na Universidade do Minho (org. António Cândido de Oliveira). Coimbra: Coimbra Editora, 2006

NOGUEIRA, Clayton Ritnel. "A Teoria Discursiva de Jürgen Habermas". Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/21586>. Acesso em: 15 de abril de 2009

OLIVEIRA, António Cândido de. "Direito das autarquias locais". Coimbra: Editora Coimbra, 1993

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. "Governança pública e parcerias do Estado: a relevância dos acordos administrativos para a nova gestão pública", p. 1 em www.ambitojuridico.com.br. Acessado em 10 de março de 2009

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. "A Constitucionalização do Direito Administrativo: o Princípio da Juridicidade, a releitura da Legalidade Administrativa e a Legitimidade das Agências Reguladoras". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

ORTEGA, Manuel Medina. "Documento de trabalho sobre as implicações institucionais e jurídicas do recurso a instrumentos jurídicos não vinculativos (soft law)". Parlamento Europeu, Comissão de Assuntos Jurídicos, 14/02/2007.

PINENT, Carlos Eduardo. "Sobre os mundos de Habermas e sua ação comunicativa". Disponível em: <http://www.adppucrs.com.br/revista.html>. Acesso em: 15 de abril de 2009

REBELO, Marta. "O financiamento intermunicipal – as áreas metropolitanas e as comunidades intermunicipais no quadro da crise financeira do municipalismo", in Revista do Tribunal de Contas, n. 41, janeiro/junho de 2004, Lisboa, 2004

SANTOS, José António. "O associativismo Municipal na Europa", in Revista de Administração Local, 171, ano 22, maio/junho de 1999

SILVA, Cleber Demétrio Oliveira da. "Lei n.º 11.107/05: marco regulatório dos consórcios públicos brasileiros". Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/marco.pdf>. Acessado em 20 de julho de 2009.

SILVA, Sérgio Luís P.. *“Razão instrumental e razão comunicativa: um ensaio sobre duas sociologias da racionalidade”*. *Cadernos de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas*, n.18, maio, 2001. Disponível em: <http://www.cfh.ufsc.br/~dich/Texto%20do%20Caderno%2018.doc>. Acesso em: 15 de abril de 2009

SILVEIRA, Alessandra. *“Cooperação e Compromisso Constitucional nos Estados Compostos: Estudo sobre a teoria do federalismo e a organização jurídica dos sistemas federativos”*. Dissertação de Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Almedina, 2007

STOKER, Gerry. *“Gestão do Valor Público: A Administração Pública orientada pela missão?”* tradução de TELES, Filipe, in *“Estado, Sociedade Civil e Administração Pública: para um novo paradigma do serviço público”*, Coimbra: Editora Almedina, 2007

TANCREDO, Fabrizio Grandi Monteiro de. *“O Princípio da subsidiariedade: as origens e algumas manifestações”*, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLVI, n.1, 2005

VAZ, Domingos M.. *“Cidade e Território: Identidades, Urbanismo e Dinâmicas Transfronteiriças”*, Lisboa: Celta Editora, 2008

[voltar ao índice ▲](#)

[início do texto ▲](#)

A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS SISTEMAS JURÍDICOS BRASILEIRO E PORTUGUÊS – UMA ANÁLISE COMPARADA

André de Azevedo Coelho¹

Introdução

Yussef Said Cahali, em obra referencial no cenário brasileiro acerca do tema responsabilidade civil do Estado², traz, no contexto de seu estudo, determinada assertiva que tomaremos como ponto de partida para este trabalho. Afirmar Cahali, literalmente, que “o tema da responsabilidade civil da Administração Pública no plano do direito comparado é de reduzida importância para a compreensão do instituto no contexto do nosso direito”. Isso se dá, segundo o autor, pelo fato de a matéria ser disciplinada autonomamente de acordo com as particularidades de cada sistema jurídico³.

Como anuncia o título atribuído a este estudo, o objetivo do presente é realizar um trabalho de direito comparado sobre a forma pela qual o instituto da responsabilidade civil da Administração Pública se desenvolve nos sistemas jurídicos brasileiro e português. As colocações postas por Cahali, assim, poderiam desencorajar qualquer persistência de nossa parte em abordar a temática escolhida. Não obstante, em contrapartida, insistindo-se no estudo do tema, as ponderações do autor colocam no horizonte um desafio inicial, qual seja demonstrar a relevância e pertinência de se tratar a matéria no âmbito comparado.

¹ Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela FMP; Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela FDL;

Promotor de Justiça Titular da Promotoria Especializada de Cruz Alta/RS

² CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, 3.^a edição.

³ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*, págs. 25-26.

Este entendimento, todavia, traz subjacente determinadas concepções sobre uma série de questões prévias, as quais não podem ser desconsideradas para que a conclusão lançada se mostre minimamente satisfatória. Neste contexto, uma pergunta reclama esclarecimento – o instituto da responsabilidade civil da Administração Pública é matéria relegada totalmente à livre margem de conformação do legislador ordinário ou seu delineamento geral é inerente à estrutura constitucional observada por um Estado de Direito? Esta questão é central, pois caso se entenda que a matéria está posta sob a perspectiva discricionária do legislador, não temos outro caminho a não ser dar razão à Cahali, agora, todavia, caso se consiga demonstrar que existe uma base constitucional sólida e comum aos Estados de Direito que desenvolvem o instituto de determinada forma e sentido, a análise comparada mostrar-se-á fundamental.

Neste passo, iniciaremos nosso estudo por aquilo que se mostra comum aos sistemas brasileiro e português, notadamente as teorias que inspiram a formatação da responsabilidade civil da Administração Pública em ambas ordens jurídicas. E procederemos esta análise de forma a demonstrar como estas teorias foram se desenvolvendo de forma simbiótica com a própria progressão histórica do Estado de Direito, culminado com as idéias atuais inspiradoras do instituto, bem como revelando sua natureza jurídica. Nesta primeira parte, com efeito, releva esclarecer em que consiste o instituto da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública, as teorias que lhe servem de fundamento, bem como a relação entre o instituto, as teorias e os elementos estruturantes de um Estado de Direito.

Ultrapassada esta fase inicial, desvendado o pano de fundo da matéria, em um segundo momento se impõe sejam abordados os sistemas jurídicos em questão. Para tanto, a análise centra-se nos textos constitucionais brasileiro e português. Há um princípio geral de responsabilidade civil do Estado consagrado nestas constituições? Sendo que, em caso positivo – Quais os elementos que integram este princípio geral? Este princípio geral se mostra comum em ambos os sistemas constitucionais? Há relação entre este princípio geral e o Estado de Direito?

A última parte do estudo centra-se na ação concretizadora levada a efeito pelos poderes constituídos em face das disposições constitucionais. Ingressaremos, assim, nas especificidades dos sistemas, contexto no qual impende sejam esclarecidas inúmeras questões, dentre as quais – Há uma dualidade de regimes substantivos a regular a matéria em Brasil e Portugal? Qual a relevância da omissão da Administração Pública, para fins de caracterização de sua responsabilidade civil? Os comportamentos comissivos delituais do ente público podem ser pertinentes para a configuração da responsabilidade do próprio Estado ou apenas para definição da responsabilidade do agente público causador do dano? A sistematização da responsabilidade objetiva decorrente de uma ação positiva do Estado deve ser dicotomizada ou demanda um tratamento unitário? Para configuração da responsabilidade objetiva, existem requisitos específicos a serem agregados à conduta administrativa e/ou ao dano sofrido pelo particular?

Estes questionamentos configuram a base central da análise contida na última parte do trabalho e serão abordados sempre de forma a comparar o sistema brasileiro e português, ao final do que se pretende demonstrar a relevância do esforço comparativo para visualização de deficiências específicas e contrapostas possibilidades de aprimoramento em ambos os lados.

Assim, em um sentido demarcatório procedemos neste momento introdutório, no intuito de lançar algumas considerações mínimas que objetivaram empreender uma definição prévia dos temas a serem abordados e expor, apenas de forma preliminar e superficial, os problemas que serão analisados, sem prejuízo de esta problemática, até para se alcançar maior clareza metodológica, sofrer a devida especificação e aprofundamento no decorrer da exposição.

Cabe, por fim, deixar expresso que nos interessa aqui a responsabilidade civil do Estado enquanto no exercício da atividade administrativa, não sendo objeto de análise possível responsabilização por atos políticos, legislativos e jurisdicionais. Assim, mesmo quando fazemos menção à expressão mais ampla – Estado – a perspectiva sob a qual a abordagem deve ser entendida remete para a esfera da Administração Pública. Também, será abordada, apenas, a responsabilidade civil e extracontratual. De resto, a análise é comparativa, essencialmente dogmática, e, em

menor escala, jurisprudencial, tendo por base os ordenamentos jurídicos brasileiro e português.

1. As bases comuns da responsabilidade civil extracontratual do Estado nos sistemas jurídicos brasileiro e português

1.1. O Estado de Direito e as teorias da responsabilidade civil do Estado

Para se desenvolver um trabalho de direito comparado acerca da responsabilidade civil extracontratual do Estado, mostra-se metodologicamente pertinente, antes do enfoque das diversas dinâmicas e problemáticas assumidas pela temática em cada sistema específico, iniciar-se pela análise das distintas teorias que constituem o pano de fundo da matéria, ou seja as construções jurídicas que animam o instituto, uma vez que as concepções formadas neste âmbito deram suporte, de forma comum, ao desenvolvimento teórico da matéria em ambos os sistemas objeto de estudo. Assim, visa-se criar um suporte teórico inicial, ainda que mínimo, que venha, posteriormente, facilitar o trabalho de desmembramento das diversas interrogações que envolvem o assunto.

Neste intuito, o primeiro ponto a destacar incide sobre o fato de que as diversas construções teóricas que norteiam o instituto da responsabilidade civil do Estado não foram definidas em um momento único e isolado, estanque na linha do tempo, ao contrário, foram manifestações que acompanharam um processo evolutivo o qual, por sua vez, mostrou-se intimamente imbricado com o próprio desenvolvimento do Estado de Direito.

Logo, para se ter uma percepção minimamente clara destas bases teóricas que atualmente estão subjacentes à matéria, deve-se passar pelo estudo, ainda que não revestido de densidade⁴, do Estado de Direito, mais precisamente, do sentido

⁴ José de Melo Alexandrino enfoca a gênese dos direitos fundamentais em três níveis – filosófico-cultural, político-constitucional e técnico-jurídico. ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*. Lisboa: Princípia Editora, 2007, pág. 10; por sua vez, Jorge Miranda reconhece uma pré-história, composta pela liberdade dos antigos e os direitos estamentais, e, a partir de então, a efetiva história dos direitos fundamentais. Ainda que o processo histórico seja relatado pelos autores sob a perspectiva dos direitos fundamentais e não do Estado de Direito,

material desta forma de organização, desvendando-se a estrutura, finalidade e ideais que o envolvem modernamente. De se ressaltar, ainda, que esta construção deve seguir um modelo de Estado constitucional que se pode denominar como europeu-ocidental, uma vez que Brasil e Portugal seguem esta matriz.

Tem-se que compreender o Estado de Direito como um “tipo histórico de Estado”⁵ que observou um processo de formação, ao qual foram sendo agregadas ao longo do tempo uma série de grandezas que atualmente o compõem e sem as quais não pode ser concebido. O Estado de Direito moderno é social e democrático⁶, encontrando fundamento e estabelecendo por finalidade primeira a garantia e promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, não sendo demasiado assentir com a afirmativa de que esta finalidade, a bem da verdade, configura-se na própria essência do moderno Estado constitucional⁷.

Uma concepção atual de Estado de Direito não pode se afastar da aceitação de que é composto por elementos essenciais, assume um modelo estrutural no qual se encontram presentes algumas premissas básicas que o permitem alcançar suas finalidades. Não obstante, previamente ao alcance destas convicções, deve-se percorrer o caminho do seu processo de evolução histórica⁸.

Seguindo as linhas de Jorge Reis Novais⁹, este percurso inicia na idade média e no predominante sistema feudal de organização do poder político, em que não se verificava a presença do Estado como entidade política organizada, mas tão-

como é a nossa pretensão, podemos aproveitar, dada a similitude e interligação lógica da evolução de ambos, o esquema de análise desenvolvido para definir que iniciaremos nosso estudo já na idade média, sendo que não teceremos maiores considerações acerca das concepções sobre a matéria afetas à idade antiga, à pré-história, bem como centraremos o enfoque essencialmente no plano técnico-jurídico do desenvolvimento histórico do Estado de Direito, visando demonstrar como esse processo resultou na assunção de determinadas características básicas e inerentes a este modelo de organização de poder. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 4ª edição, pág. 19.

⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra editora, 2004, pág. 43.

⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito – do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra: Edições Almedina, 2006, pág. 210.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, 6ª edição, pág. 43.

⁸ Como afirma Ernst Wolfgang Böckenförde, no que se refere ao Estado de Direito, “somente o conhecimento de seu desenvolvimento histórico faz possível uma compreensão sistemática do conceito”. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madri: Editorial Trotta, 2000, pág. 18.

⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais*, págs. 16-42.

somente núcleos de poder descentralizado e afetos a lideranças particulares. Não obstante, com o passar do tempo, esta estrutura desconcentrada acabou por centralizar-se, em geral na pessoa do rei, que detinha o poder fundamentado em uma pretensa origem divina, sendo o Estado considerado bem integrante do patrimônio do monarca¹⁰, do que decorreu o Estado absoluto, no qual a fisionomia marcante consistia na submissão dos súditos à vontade do soberano e a ausência de subordinação do Estado ao Direito.

Neste contexto, as relações entre o Estado e os particulares eram caracterizadas pela ausência de reconhecimento e proteção de direitos das pessoas em face do Estado e, conseqüentemente, pela inexistência de qualquer responsabilidade civil do ente público, em razão de danos que pudesse causar aos particulares. Vigorava, o que se denominou de teoria da irresponsabilidade do Estado, pela qual, em linha de convergência com os citados dogmas que norteavam o regime absolutista, especialmente a idéia de soberania presente, ao Estado não era atribuída responsabilidade por eventos danosos decorrentes da sua atuação, sendo uma possível reparação dependente da benevolência do poder público¹¹.

Uma vez ultrapassada esta primeira fase, denominada de patrimonial¹², o Estado absoluto assumiu uma conotação diversa, na qual o uso do poder encontrou uma justificativa racional, qual seja a busca do interesse público, o que passou a embasar a intervenção do Estado de polícia em todas as esferas¹³. Ou seja, a fundamentação do poder, que continua concentrado nas mãos do monarca, deixa de ser remetida para o sobrenatural passando a encontrar razão no fato de ser tarefa do rei perseguir o bem comum, pelo que a estrutura estatal está a sua disposição e, caso avalie necessário, intervém no âmbito dos particulares que ficam desprotegidos destas investidas.

Exatamente neste contexto, como aponta Jorge Reis Novais¹⁴, em vista do impasse criado pela ausência de proteção em que se encontravam os particulares e, de

¹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais*, pág. 17.

¹¹ SOUSA, Marcelo Rebelo de. MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral – Tomo III. Responsabilidade Civil Administrativa*. Lisboa: Dom Quixote, 2008, pág. 12.

¹² NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais*, pág. 17.

¹³ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo*, pág. 37.

¹⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo*, págs. 38-39.

outro lado, pela imprescindibilidade de manutenção dos dogmas do Estado de polícia, que não se submetia ao Direito, voltou à tona a teoria do Fisco. Assim, o Estado, por ficção, passa a assumir uma “dupla personalidade”, em face do que, enquanto age como Estado de polícia, não encontra limites e é irresponsável por qualquer lesão aos particulares, todavia, por vezes, é possível que sua atuação, na “pessoa” do Fisco, ocorra nos moldes de uma relação privada.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, os particulares passaram a dispor de um direito de obter indenizações do Fisco – nas palavras do autor – “ ‘aceita a privação de direitos mas exige a indemnização pelos actos de gestão privada’ (mas não pelos actos de ‘gestão pública’ do monarca), são ideias agitadas contra um ‘Estado Administrativo’ sem limites jurídicos e que darão origem a um instituto indiscutível do Estado de direito: o instituto da *responsabilidade do Estado* por danos causados aos particulares”¹⁵.

Formou-se, assim, uma dicotomia, pela qual o Estado praticaria atos de gestão pública, no âmbito dos quais estaria envolto de toda a sua soberania, e atos de gestão privada, os quais eram levados a efeito no seio de relações privadas e dos quais, uma vez que não eram propriamente ações decorrentes da soberania e do uso de poder que estavam em causa, poderiam surgir pretensões indenizatórias por parte dos particulares.

Surge, portanto, uma teoria da responsabilidade civil do Estado, contudo, limitada aos seus atos de gestão privada e regulada por padrões afetos ao Direito privado¹⁶. Logo, o Estado, na pessoa do Fisco, é passível de responsabilização civil por atos de gestão privada, mas essa responsabilidade pressupõe, primeiro, uma atuação estatal despida de soberania e, em um segundo momento, uma conduta na qual o agente público, que deve ser identificado, obre com culpa, uma vez que o regime desta responsabilidade era estabelecido pelo Direito privado. Esta teoria passou a

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 2003, 7ª edição, pág. 92.

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Edições Almedina, 1974, págs. 38-39.

ser denominada de teoria da responsabilidade com culpa, teoria civilista ou teoria da responsabilidade subjetiva do Estado.

Com o passar do tempo, o Estado absoluto começou a vislumbrar a ascensão da burguesia, classe social que emergiu com base na atividade empreendida e que acabou por deter considerável parcela do poder econômico. Não obstante, o poder sem parâmetros exercido pelo rei, a plena disponibilidade das esferas individuais que detinha e a insegurança jurídica que conseqüentemente pairava sobre as relações entre o Estado e os particulares, acabou por ensejar demandas políticas por parte da burguesia, notadamente de proteção da propriedade, autonomia, liberdade e segurança, ou seja, limitação do poder do monarca mediante o reconhecimento de determinados direitos¹⁷.

Avultam ideais contrapostos ao regime vigente, notadamente liberais, o que culmina o surgimento de um modelo, no qual o Estado passa a estar sujeito aos ditames de uma Constituição, no intuito de serem resguardadas determinadas liberdades. Igualmente, parte-se do ideal de que a justificação do Estado funda-se na necessidade de respeito à pessoa humana e de reconhecimento e proteção da liberdade e autonomia individuais.

Neste enredo, a idéia de controle das intervenções na esfera de liberdade começou a ganhar muito relevo. Javier Barnes¹⁸ ressalta a importância do papel assumido pelo Estado liberal no controle das ações estatais, uma vez que, no contexto de manutenção da paz e segurança assumido, a jurisprudência impulsionou a criação de um Direito Administrativo instado a efetuar a disciplina das intervenções realizadas pela polícia administrativa nas liberdades individuais.

Disso tudo, decorreram modificações que, evidentemente, foram sendo desenvolvidas progressivamente, sendo que o Estado liberal, ainda por muito tempo, carregou muitos traços do Estado absoluto, notadamente, em razão do afastamento que mantinha em face da sociedade, a idéia de irresponsabilidade do Estado¹⁹. No máximo, além da responsabilização pelos atos de gestão privada, era prevista a responsabilidade pessoal do agente administrativo, ainda que de forma

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia*, pág. 69.

¹⁸ BARNES, Javier. El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar. *Cuadernos de Derecho Público*, n. 5, septiembre-diciembre, 1998, págs. 15-49. Madri: Instituto Nacional de Administración Pública, 1998, pág. 24.

limitada pela “garantia administrativa”, a qual impunha uma “autorização superior” para que a responsabilidade perdurasse^{20/21}.

Contudo, ante os ideais agora presentes, ao passo que o Estado de Liberal ia se consolidando, as acepções de irresponsabilidade do Estado encontravam superação, bem como era colocada em discussão a real pertinência de uma teoria civilista para regular a responsabilidade civil do Estado, passando-se para elaboração de teorias publicistas. Ponto referencial nesta discussão é encontrado em decisão tomada pelo Tribunal de Conflitos francês, em 1873, no qual os pais de uma menina de 05 anos, Agnès Blanco, que havia sido atropelada por um vagão de serviço público, buscaram indenização em face do Estado, sendo que o Tribunal de Conflitos acabou por definir a competência da jurisdição administrativa para julgar a questão e assentar a impossibilidade de o Direito privado regular a matéria, restando, por fim, definida a existência de responsabilidade do Estado, não mais na figura fictícia do Fisco, ainda que “nem geral nem absoluta” e regulada por “regras especiais”²². Todavia, apesar da importância da sentença, que acaba por assentar a independência do Direito Administrativo, cabe ressaltar que referida decisão constituiu, como explica Vasco Pereira da Silva, uma “acontecimento traumático” na formação histórica do Direito Administrativo, uma vez que a decisão do Tribunal de Conflitos francês não foi motivada pela busca de tutela aos particulares, ao contrário, visou proteger os interesses da Administração que deveria estar submetida a um “ ‘direito especial’ ”, “que tomasse em consideração o seu ‘estatuto de privilégio’ ”²³.

Não obstante, restou impulsionada a formatação de uma teoria de direito público para regular a responsabilidade civil do Estado e assentado um princípio, ainda que limitado, de responsabilidade estatal. Nesta linha, a jurisprudência e doutrina

¹⁹ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumem Juris editora, 2007, pág. 494.

²⁰ SOUSA, Marcelo Rebelo de. MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral – Tomo III*, págs. 12-13.

²¹ Ver tb. CANOTILHO, José Joaquim. *O problema da responsabilidade*, págs. 41-42.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, 15ª edição, pág. 861.

²³ SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise. Ensaio sobre as acções no novo processo administrativo*. Coimbra: Edições Almedina, 2005, págs. 8-9.

francesas começaram a assentir acerca da existência de uma responsabilidade estatal, o que passou pela queda da distinção entre os atos de gestão pública e gestão privada e pela progressiva aceitação de uma responsabilidade civil independentemente da identificação do agente administrativo causador do dano, desde que houvesse uma “culpa anônima”²⁴ do serviço público. Formou-se a teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço, pela qual, como frisado, ultrapassa-se a necessidade de identificação pessoal do agente causador do dano e, com base na idéia de *faute du service*, admite-se a responsabilização do Estado. Como assevera Celso Antônio Bandeira de Mello, “a culpa individual passa a ser apenas uma das modalidades quem ensancham responsabilização do Estado”²⁵, passando-se a admitir a responsabilização estatal por funcionamento anormal do serviço, sendo esta *faute du service* caracterizada, na sistematização atribuída por Paul Duez, quando o serviço não existe, funciona mau ou funciona tardiamente²⁶.

Após a 1ª Guerra Mundial, todavia, motivados principalmente pela grande desigualdade social decorrente do modelo em vigor, movimentos ideológicos contrapostos às idéias liberais tomaram lugar, acabando por serem levantadas bandeiras nas quais uma concepção diversa de liberdade tremulava, partindo-se da afirmação de que o papel do Estado não se limitava a respeitar a liberdade, mas, sim, efetivar o bem-estar dos indivíduos, ou seja, patrocinar ações que, efetivamente, transpusessem a liberdade formal para uma verdade material. Neste modelo, irradiaram uma nova linha de direitos fundamentais, denominados direitos sociais, bem como a definição de um modelo diverso de Estado – o Estado social – no qual é função essencial do poder público instituir e concretizar políticas públicas visando o bem comum. Igualmente, de outro lado, deve garantir a liberdade individual que, inclusive, é complementada pelos direitos sociais. A asseguaração das liberdades deve vir, também, por intermédio do Estado, ou seja, o direito à liberdade depende da observância dos direitos prestacionais para o alcance de sua plenitude.

²⁴ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Curso de Direito Administrativo*, pág. 496.

²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, pág. 862.

²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, pág. 864.

Entrementes, marcado agora pelo imperativo prestacional e a busca da igualdade, o Estado de Direito modificou seu paradigma, pois, enquanto no Estado liberal era refutada e tida por indevida qualquer interação com a sociedade, no Estado social, pelo contrário, esta relação é buscada e deflagrada nos dois lados da moeda, uma vez que tanto o Estado passa a intervir nos domínios sociais e econômicos como a sociedade passa efetivamente a participar e controlar a formação das decisões estatais – “estadualização da sociedade e de recíproca socialização do Estado”²⁷.

Era necessário que as teorias da responsabilidade civil do Estado também acompanhassem estas novas concepções. Uma vez que o Estado passa a ter uma interação mais ampla e efetiva com os particulares e assume um papel prestacional, como consequência lógica teve-se um significativo incremento nas ações estatais o que acarretou, em contrapartida, maior potencialidade lesiva aos particulares. Veio à tona, com efeito, a teoria do risco, pela qual, uma vez que o Estado exerce atividades perigosas e potencialmente lesivas deve suportar os encargos financeiros decorrentes dos danos ocasionados por sua atividade. Logo, a responsabilidade civil estatal deve existir mesmo à revelia de uma ação delitual culposa do agente público ou de um funcionamento anormal do serviço, uma vez que o risco da atividade exercida impõe a necessidade de indenização dos danos que dela decorram, sendo a imputação de responsabilidade ao Estado objetiva, depende da demonstração de um nexo de causalidade ente a ação estatal e o dano, que passou a ser a figura central da configuração da responsabilidade.

Esta idéia de responsabilidade fundamenta no risco da atividade estatal, por sua vez, encontra diversas justificativas. Como apontam Marcelo Rebello de Souza e André Salgado de Matos, “não existe acordo na doutrina acerca do exacto fundamento da imputação pelo risco: para a teoria da criação do risco, a responsabilidade funda-se na exigência de que quem cria um risco responda pelas suas consequências; para a teoria do risco-proveito, a responsabilidade funda-se, na exigência de que quem tira proveito de uma actividade responda pelos riscos por ela criados; para a teoria do risco de autoridade, a responsabilidade funda-se

²⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais*, pág. 31.

na exigência de que quem tem sob o seu controlo uma coisa ou uma actividade responda pelos riscos que elas envolvem”²⁸.

De outro lado, pelos ditames do Estado Social, é consequência impositiva do princípio da igualdade que não somente os benefícios decorrentes da Administração prestadora devam ser usufruídos por todos mas, da mesma forma, os prejuízos devem ser suportados por toda a coletividade. Assim, mesmo ausente uma conduta ilícita, um serviço de funcionamento anormal ou uma atividade perigosa pode o Estado ser responsabilizado por uma atuação lícita.

Como efeito, dentre outros fundamentos que podem ser trazidos à colação, destaca-se que a teoria do risco e o princípio da igualdade – repartição social dos encargos – fundamentam o surgimento de uma responsabilidade civil do Estado com pressupostos diversos da que, até então, se tinha, uma vez que a Administração é passível de responsabilização independentemente da configuração de uma ação delitual culposa – aqui entendida em sentido amplo – o que se configura em uma responsabilidade civil objetiva, fundamentada na teoria do risco e no princípio da igualdade.

Ainda, calha ressaltar, que, a bem da verdade, o fato do incremento da ação estatal, em benefício de todos, e o possível prejuízo que dela decorra a um particular, impõe, pelo princípio da igualdade, o fundamento até certo ponto comum da responsabilidade objetiva²⁹.

1.2. Natureza jurídica da responsabilidade civil do Estado

Como já demonstramos, o Estado de Direito, adotando-se uma concepção material, deve ser compreendido como um fenómeno amplo que engloba uma série de características estruturais. Esta estrutura comporta como finalidade máxima a proteção da pessoa e, como consequência lógica, a vinculação dos poderes

²⁸ SOUSA, Marcelo Rebelo de. MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral – Tomo III*, pág. 38.

²⁹ Neste sentido. GARCIA, António Dias. Da responsabilidade civil objectiva do Estado e demais entidades públicas. *Responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública – Coordenação de Fausto de Quadros*. Coimbra: Almedina, 2004, 2ª edição, págs. 199-200; MONCADA, Luís Cabral de. *Responsabilidade civil extra-contratual do Estado. A lei n.º 67/2007 de 31 de dezembro*. Lisboa: Abreu & Marques, Vinhas e Associados – Sociedade de Advogados, RL, 2008, pág. 20.

constituídos a este objetivo e a decorrente necessidade de que suas ações funcionais observem a moldura constitucional. Contudo, esta premissa básica de estruturação do Estado – vinculação aos direitos fundamentais e submissão ao Direito – cairia no vazio caso não houvesse qualquer consequência, diga-se, responsabilização, da Administração nos caso em que, não-observando esta vinculação, causasse danos aos particulares.

Entrementes, é forçosa conclusão de que o seguimento da cadeia lógica pela qual se desenrolam os elementos básicos ao Estado de Direito ainda não está completa, sendo necessário o reconhecimento de outros pontos integrantes do sistema, outras exigências, ainda que implícitas, que decorram diretamente da estrutura que norteia este modelo de organização estatal e que balizem as atuações do Poder Público. Com efeito, em um primeiro momento, tem-se a responsabilidade civil do Estado como princípio inerente ao próprio sistema de organização do Estado, um “‘pilar’ do Estado de Direito”^{30/31}. Como adverte Celso Antônio Bandeira de Mello, “a responsabilidade do Estado, desde o advento do Estado de Direito, sob o ponto de vista lógico poderia independer de regra expressa para firmar-se, bem como dispensar o apelo a normas de Direito Privado para lhe servirem de socorro”³².

Mais especificamente, como aponta Canotilho, o instituto da responsabilidade civil das entidades públicas configura-se como um “*princípio garantia* associado ao princípio do Estado de direito, à garantia de protecção jurídica e ao princípio da constitucionalidade e da legalidade vinculativo dos poderes públicos”, bem como caracteriza-se em uma “*garantia institucional*”, a qual oferece tutela aos indivíduos em face de condutas do Estado que posam lesar esferas protegidas dos particulares³³.

³⁰ SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise*, pág. 472.

³¹ Sobre a relação entre o instituto da responsabilidade civil das entidades públicas e o Estado de Direito, ver. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada, volume I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 4ª edição, pág.425.

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, pág. 858.

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa*, pág. 428.

Sem excluir as configurações anteriores³⁴, de outro lado, em um segundo momento, sob uma perspectiva subjetiva, a responsabilidade civil do Estado, mais precisamente, o “próprio direito à indemnização”³⁵ que dela decorre, é um direito fundamental do particular.

Ainda, “reveste a natureza de uma *garantia contenciosa*, a par de outras, contra factos causadores de prejuízos”³⁶. Como adverte Diogo Freitas do Amaral, a anulação dos atos ilegais lesivos, em muitos casos, não coloca o particular na mesma situação em que se encontrava antes do ato ser praticado, bem como, por vezes, o ato causador do prejuízo não é anulável, razão pela qual o “direito à indenização dos danos sofridos é incontestavelmente uma peça essencial do sistema de garantias que ao Estado de Direito compete instituir para protecção dos cidadãos”³⁷. De se deixar claro que, evidentemente, não necessita o particular, para obter indenização pelo ato lesivo, primeiro buscar a anulação deste ato, apenas queremos ressaltar o fato de que a este direito à reparação completa o conjunto de garantias contenciosas que o particular dispõe em face de condutas administrativas que possam acarretar danos a esferas juridicamente protegidas.

Com efeito, todas estas linhas gerais até o momento descritas traçam um elo comum que o instituto da responsabilidade civil do Estado observou tanto no modelo adotado pelo Brasil quanto por Portugal. Assim, construída a base teórica em que ambos os sistemas encontraram fundamento, identificada a natureza jurídica do instituto, deve-se passar para um momento posterior e identificar as características específicas dos sistemas, português e brasileiro, atualmente vigentes. Esta análise, como não poderia deixar de ser diferente, deve ter por termo inicial a forma pela qual a matéria restou regulada pela ordem constitucional dos dois países.

³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa*, pág. 428.

³⁵ SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise*, pág. 472.

³⁶ MESQUITA, Maria José Rangel de. Da responsabilidade civil extracontratual da Administração no ordenamento jurídico-constitucional vigente. *Responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública – Coordenação de Fausto de Quadros*. Coimbra: Edições Almedina, 2004, 2ª edição, pág. 47.

³⁷ AMARAL, Diogo Freitas. *Direito Administrativo – Volume III*. Lisboa: 1985, pág. 459.

2. Tratamento constitucional da matéria no âmbito brasileiro e português

A partir de agora, ingressaremos no caminho de análise da forma pela qual o instituto da responsabilidade civil da Administração Pública restou desenhado, em suas linhas principais, nos sistemas jurídicos português e brasileiro. Esta trajetória começa pelo estudo dos termos em que a matéria foi tratada pelos textos constitucionais respectivos.

O primeiro passo consiste em ressaltar que ambas Constituições estabelecem de forma expressa um princípio geral de responsabilidade civil estatal³⁸, o que vem em coerência com a linha estrutural do Estado de Direito. Ainda, os textos constitucionais trazem outras disposições acerca da matéria, como, por exemplo, a positivação de garantias específicas³⁹. Contudo, o que buscamos no momento, como ponto de partida para o estudo de ambos os sistemas jurídicos, é visualizar como as ordens constitucionais objeto de análise consagraram o instituto em termos gerais, ou seja, mais precisamente, especificar se a Constituição portuguesa e a brasileira impõem um regime geral para nortear a responsabilidade extracontratual do Estado ou se a regulamentação da matéria foi remetida totalmente para o legislador ordinário.

Nesta trajetória, como princípio geral, a responsabilidade civil do Estado recebeu reconhecimento na Constituição da República Portuguesa por intermédio do artigo 22º – “(Responsabilidade das entidades públicas) O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem”.

Por sua vez, a Constituição Federal brasileira estabelece, em seu artigo 37, § 6º, – “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade,

³⁸ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pág. 210.

³⁹ Por exemplo, veja-se o disposto no artigo 27º, 5, da CRP – “a privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei constitui o Estado no dever de indemnizar o lesado nos termos em que a lei estabelecer”.

causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Pela leitura dos dispositivos, pode-se, desde já, consolidar a assertiva que apontava para o fato de ambos os sistemas constitucionais admitirem a responsabilidade do Estado. Não se valeram as constituições de qualquer ficção jurídica, como a já citada criação da pessoa do Fisco, ou de uma descaraterização da atividade do Estado no sentido de estabelecer uma dualidade, pública e privada.

Então, a primeira das configurações assumidas por este princípio geral, refere-se à natureza primária ou direta da responsabilidade do Estado. Ou seja, a responsabilidade do Estado não é subsidiária a do agente causador do dano, podendo o lesado acionar diretamente o ente estatal, na condição de pessoa jurídica de direito público, caso configurados os pressupostos, fato que, logicamente, não exclui a possibilidade de o agente público também vir a figurar como responsável. O que está em causa, cinge-se à exteriorização de uma premissa pela qual, uma vez originada a pretensão ressarcitória, em razão de uma atuação estatal, é o próprio Estado legitimado passivo da ação de responsabilidade civil. Como aponta Yussef Said Cahali, esta construção reflete a “concepção organista do ente público”, pela qual o agente integra a própria estrutura orgânica do Estado, sendo, portanto, a atuação daquele atribuída a este⁴⁰.

José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira destacam o fato de o artigo 22º, da Constituição da República Portuguesa, estabelecer o Estado, de forma direta, como responsável pelos danos causados pelos titulares de órgãos, funcionários e agentes, para o que não há qualquer pertinência a “distinção entre actos de gestão pública e actos de gestão privada”, ou seja, independentemente da forma que assumir a atuação administrativa, poderá haver responsabilização na pessoa do Estado^{41/42}.

⁴⁰ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*, pág. 66.

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa*, págs. 426-428.

⁴² Como apontam Jorge Miranda e Rui Medeiros, “o artigo 22.º da Constituição não se aplica apenas no âmbito da actividade de **gestão pública**, não podendo a Administração furtar-se ao princípio da responsabilidade através da fuga para o Direito Privado ou da manipulação da natureza jurídica da personalidade colectiva”.

Ultrapassada esta premissa, em um segundo momento, parte-se para análise do regime desta responsabilidade, ou seja, estabelecer se a citada responsabilidade estatal direta restará configurada uma vez presente uma ação delitual e culposa ou se a responsabilidade é objetiva e pode sobrevir de uma atuação lícita.

Tomando por base, primeiramente, a Constituição Federal brasileira, a doutrina administrativista encontra ponto comum⁴³ no entendimento de o artigo 37, §6º, da Lei Maior brasileira, consagrar um princípio geral de responsabilidade *objetiva* estatal. O argumento literalista e cingido aos termos do dispositivo prende-se ao fato de o artigo em pauta assegurar à Administração o direito de regresso em face dos agentes públicos causadores do dano nos casos em que estes obrarem com dolo ou culpa. Logo, havendo ressalva constitucional estabelecendo ser subjetiva a responsabilidade imputável ao agente público, *contrario sensu*, não havendo qualquer ressalva em face do Estado, a responsabilidade deste é objetiva. Ainda, ultrapassado o teor do dispositivo em questão, esta responsabilidade objetiva é fundamentada na teoria do risco e no princípio da igualdade. Assim, agregada ao princípio geral de responsabilização, o sistema constitucional brasileiro prevê a responsabilidade objetiva do Estado e subjetiva dos agentes públicos.

De outro lado, no sistema português, o desenlace da questão não é tão simples ou pacífico. Não raras são as posições entendendo que o artigo 22º, da Constituição da República Portuguesa, consagra, apenas, a responsabilidade delitual⁴⁴. Rui Medeiros destaca que o artigo em questão refere-se somente à responsabilidade delitual e subjetiva. Segundo o autor, o princípio geral de solidariedade insculpido no dispositivo pressupõe a responsabilidade delitual – “em resumo, a solidariedade pressupõe a existência de culpa e constitui um princípio geral válido em todo o âmbito do art. 22º CRP; a norma constitucional consagra, por isso, uma responsabilidade subjetiva do Estado”⁴⁵.

Não obstante, adotamos posição apontando para outro sentido. Como sustenta Jorge Miranda, “*prima facie* dir-se-ia estar só considerada no art. 22º a

⁴³ Ver. CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*, pág. 32.

⁴⁴ Ver. CORREIA, Maria Lúcia da Conceição Abrantes Amaral Pinto. *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, págs. 422-423.

⁴⁵ MEDEIROS, Rui. *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*. Coimbra: Edições Almedina, 1992, pág. 94.

responsabilidade por factos ilícitos, em virtude de, expressamente, se consignar a solidariedade de titulares de órgãos, funcionários e agentes, a qual só faz sentido, evidentemente, quanto a factos ilícitos”⁴⁶. Todavia, em prosseguimento, o próprio autor afasta a assertiva, manifestando entendimento no sentido da aceitação de uma “responsabilidade por “factos lícitos e objectiva”, o que é fundamentado “por força dos princípios do Estado de Direito”. Além disso, não se concebe que “um princípio geral sito na Constituição de 1976 fosse menos abrangente que o regime do Decreto-Lei n.º 48 051”, estatuto normativo que disciplinava a matéria à época. Por fim, assevera o professor de Lisboa que se encontra, no próprio artigo 22º, da Constituição da República Portuguesa, base legal para confortar a construção desenhada, uma vez que o dispositivo constitucional estabelece a viabilidade de responsabilidade em casos de a conduta estatal acarretar *violação* dos direitos, liberdades e garantias ou *prejuízo* para outrem – “com referência a *violação* está-se contemplando a responsabilidade por factos ilícitos; com referência a *prejuízo* a responsabilidade por factos lícitos”⁴⁷.

A este último argumento lançado por Jorge Miranda, podemos acrescentar algumas considerações. Partindo-se da premissa de a responsabilidade dos agentes públicos ser delitual, vê-se que a Constituição da República Portuguesa, efetivamente, interliga o termo *violação* e a responsabilidade por fatos ilícitos, pois o artigo 271º, 1., da Carta portuguesa, que, dentre outros, dispõe acerca da responsabilidade civil dos funcionários e agentes do Estado, estabelece que esta responsabilidade estará configurada em caso de “violação dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos”. Assim, considerando que esta responsabilização dos funcionários e agentes somente pode ser originada em face da prática de um ilícito, é plausível a conclusão de o constituinte haver relacionado o conceito de violação ao de ilicitude. De outro lado, todavia, fora destas hipóteses em que há *violação* dos direitos ou interesses, pode subsistir, como é frequente, a responsabilidade civil da Administração. Nestas situações, em que não há propriamente violação de qualquer direito ou interesse, pode-se entrar no campo das ações estatais lícitas e, como efeito, o regime da responsabilidade passa a ser

⁴⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, pág. 353.

⁴⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, pág. 353.

objetivo, sendo necessária a existência de um dano, ou, como parece adotar a Constituição portuguesa, um *prejuízo*, a partir do que poderá haver a perfectibilização do suporte fático a dar ensejo ao dever do Estado indenizar o particular.

Logo, configurado um *prejuízo* ao particular decorrente de uma conduta estatal, admite o artigo 22º, da Constituição da República Portuguesa, a responsabilidade do Estado a título objetivo, sendo a responsabilidade subjetiva relacionada à atuação, dolosa ou culposa, do agente público e vinculada à ideia de *violação*.

De resto, uma vez ultrapassada a interpretação proposta ao dispositivo em questão, temos que, principalmente, a aceitação da responsabilidade objetiva decorre do próprio Estado de Direito. Como pontuado, a responsabilização civil do Estado é um princípio estruturante do Estado de Direito, ainda que ausente qualquer previsão expressa, decorrendo de uma cadeia lógica e interdependente de elementos que compõe a estrutura estatal. Além disso, entendendo-se o Estado de Direito como um conceito que exprime um sentido substancial, o regime da responsabilidade civil estatal, como regra geral, deve assumir o caráter de objetivo, sendo esta qualidade atribuída à ideia de risco da atuação estatal e à busca pela satisfação do princípio da igualdade, fator este que impõe a passagem do núcleo central da responsabilidade da ação culposa para o dano, que deve ser suportado por toda a coletividade.

Assim, ao prever a responsabilidade solidária do Estado, a Constituição portuguesa acaba por estabelecer a possibilidade de responsabilização do agente público, sob o regime da responsabilidade subjetiva. Todavia, ante o destacado supra, é incorporado ao princípio geral de responsabilidade do Estado o regime da responsabilidade objetiva.

Em prosseguimento, fixado que, em ambos sistemas constitucionais, a Lei Maior estabeleceu um princípio geral de responsabilidade civil da Administração, ao qual já agregamos as qualificações de responsabilidade direta e objetiva, impende o prosseguimento da análise, no intuito de extraírem-se, ainda, das Constituições referidas, outras grandezas a comporem este princípio geral de responsabilidade civil.

Neste sentido, passa-se a abordar a questão das pessoas responsáveis. Iniciando, novamente, pelo texto da Constituição brasileira, conclui-se que estão sujeitas ao regime da responsabilidade objetiva “as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público”. Logo, o Estado, as pessoas jurídicas de direito público integrantes da Administração indireta e as pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração indireta ou que exerçam atividades administrativas por delegação, respondem diretamente pelos danos que lhe forem imputáveis.

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, a “intenção do Constituinte foi a de igualar, para fins de sujeição à teoria da responsabilidade objetiva, as pessoas de direito público e aqueles que, embora com personalidade jurídica de direito privado, executassem funções que, em princípio, caberiam ao Estado”⁴⁸.

No âmbito do sistema português, a Constituição não prevê expressamente a extensão do regime da responsabilidade civil às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. Não obstante, esta extensão é também consequência lógica do sistema. Uma vez que se parte da premissa que a responsabilidade civil do Estado é apenas uma parte de um mecanismo amplo de estruturação do Estado de Direito e, mais especificamente, de proteção aos particulares, seria um verdadeiro contra-senso instituir estas premissas e, de outro lado, não admitir a extensão do regime da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público às pessoas jurídicas de direito privado que exerçam atividade administrativa. Veja-se que, para cumprir as prestações que lhe são impostas pelo Estado Social, comumente o Estado delega as atividades, que são essencialmente públicas, a pessoas privadas. Logo, como forma de escapar ao regime mais rigoroso da responsabilidade objetiva, bastaria ao Estado delegar a prestação das atividades públicas a pessoas privadas, uma vez que, em princípio, estão afetas a um regime subjetivo de responsabilidade civil. Tal solução, logicamente, poria em risco toda a base estrutural do Estado de Direito e das garantias dos particulares, não podendo, portanto, perdurar.

⁴⁸ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Curso de Direito Administrativo*, pág. 498-499.

Luís Cabral de Moncada afirma que a interpretação do artigo 22º, da Constituição portuguesa, deve ser ampla de forma a abarcar as pessoas coletivas de direito privado que atuem em “moldes de direito público”⁴⁹. O relevante é o exercício da função administrativa⁵⁰. Assim, pode-se afirmar que tanto o sistema constitucional brasileiro quanto o português, de forma comum e equilibrada, estabelecem que ao regime geral, até o momento traçado, de responsabilidade extracontratual do Estado, estão submetidos as pessoas coletivas públicas e as pessoas coletivas de direito privado que estejam a exercer atividade administrativa.

Como última qualidade que iremos destacar, a Constituição da República Portuguesa estabelece um princípio geral de solidariedade, nos casos de responsabilidade delitual, entre o agente público e o Estado. Por outro lado, na Constituição Federal brasileira não há esta previsão.

Esta questão da fundamentação da solidariedade é pouco abordada pela doutrina administrativista brasileira. Não obstante, o princípio geral de solidariedade também extraí-se, apesar estar contido implicitamente, do sistema geral de responsabilidade civil estatal configurado na ordem brasileira, o que é alcançado por um raciocínio de lógica dedutiva. Se na Constituição brasileira há previsão expressa da existência de direito de regresso da Administração em face do agente público nos casos em que estes sejam causadores do dano e atuarem com dolo ou culpa está, implicitamente, estabelecida a responsabilidade solidária da Administração e agente nestes casos. Explica-se. Uma vez que o agente público responde civilmente pelos danos que causar aos particulares nestes casos em que agiu culposamente – e é, em contra-partida, definido um direito de regresso da Administração em face deste agente, esta última previsão – direito de regresso – só encontraria razão de ser caso a Administração fosse, também, responsável frente ao particular pelo dano sofrido como consequência da ação culposa do agente estatal. Com efeito, em caso de ação culposa do agente público, a Administração responde conjuntamente com este, configurando responsabilidade solidária, nos

⁴⁹ MONCADA, Luís Cabral de. *Responsabilidade civil extra-contratual do Estado. A lei n.º 67/2007 de 31 de dezembro*. Lisboa: Abreu & Marques, Vinhas e Associados – Sociedade de Advogados, RL, 2008, pág. 24.

⁵⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, pág. 349.

mesmos termos da Constituição da República Portuguesa. A previsão do direito de regresso só encontraria sentido caso o Estado fosse responsabilizado solidariamente com o agente público causador do dano.

De tudo o que foi traçado, conclui-se que o instituto da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública recebeu um tratamento constitucional comum nas ordens brasileira e portuguesa. Este fato, muito para além de uma mera coincidência, é uma consequência da consolidação do Estado de Direito em ambos os países e das matrizes inspiradoras que, no caso, advieram do modelo comum de configuração da responsabilidade civil do Estado.

Estabelecido, assim, por ambas as ordens constitucionais, um princípio geral de responsabilização do Estado por danos causados a particulares, sendo esta responsabilidade, em regra, direta, objetiva, englobando as pessoas coletivas de direito público e as pessoas coletivas de direito privado que estejam no exercício da função administrativa. Ainda, sendo o agente causador do dano também responsável (responsabilidade delitual e subjetiva), o Estado responde solidariamente.

Assim, uma vez encontradas, estas características referem-se à configuração geral do instituto pelas Constituições, o que não exclui, evidentemente, a possibilidade de que os poderes constituídos, de forma justificada, venham a concretizar exceções a estas linhas básicas. Agora, as diretrizes gerais do instituto foram dadas pelo constituinte e assumiram idêntica configuração tanto no sistema brasileiro quanto no português. Disso se extrai duas conclusões, as quais apontam para o fato de a matéria, então, não estar totalmente inserida na margem de livre conformação do legislador, uma vez que foi dado pelo constituinte um sentido forte que o instituto deve assumir em Estado de Direito. Ainda, a comum configuração constitucional, visualizada nas ordens brasileira e portuguesa, reforça o entendimento que relaciona a responsabilidade civil da Administração Pública e os princípios estruturantes do Estado de Direito.

Logo, reconhecida uma base comum, a comparação entre os sistemas assume essencial relevância, uma vez que as especificidades de cada ordenamento não

podem ser configuradas em desacordo com os ditames gerais desenhados para o instituto.

3. Concretização da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública pelos poderes constituídos nos sistemas brasileiro e português

3.1. Considerações iniciais

Traçados os termos em que a responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública foi concebida em linha de princípio geral nas referidas ordens constitucionais, o prosseguimento do estudo deve, agora, debruçar-se sobre as especificidades dos sistemas.

Assim, necessário que se ingresse no campo infraconstitucional, ou, mais precisamente, na ação concretizadora realizada pelos poderes constituídos em face dos mandamentos advindos do artigo 22º, da Constituição da República Portuguesa, e do artigo 37, §6º, Constituição Federal brasileira. E, neste âmbito, uma outra perspectiva deverá ser analisada, ou seja, necessário esclarecer até que ponto a responsabilidade civil extracontratual da Administração, que possui uma base constitucional comum nos dois sistemas objeto de estudo, mantém esta similitude, e, de outro lado, em que medida as diferenças suportam uma confrontação com esta base constitucional comum.

Isto tudo encontra maior relevância, uma vez que, desde logo, deixa-se claro, enquanto o sistema português experimentou uma ação concretizadora advinda do legislador que, por intermédio da Lei n.º 67/2007, regulamentou o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado, a realidade brasileira é diversa, pois, ante a ausência de manifestação legislativa, à exceção do disposto no Código Civil que, basicamente, reproduz o disposto na Constituição, toda a ação concretizadora foi levada a efeito pela jurisprudência.

Tendo a análise subsequente, assim, a finalidade de desvendar os questionamentos lançados, esta trajetória iniciará pela elucidação de uma premissa fundamental,

qual seja a in(existência) de uma dualidade de regimes, especificamente, na linha que se está desenvolvendo neste trabalho, substantivos. Consigna-se que a configuração dos aspectos processuais serão abordados, apenas, de forma reflexa, no intuito de dar suporte para as conclusões que pretendemos alcançar ao final do item seguinte.

3. 2. A dualidade de regimes substantivos

A indagação acerca da possível dualidade de regimes substantivos a disciplinar a responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública coloca-se com muita pertinência no âmbito português. Isso se dá, em razão do fato de a matéria, anteriormente ao advento da Lei n.º 67/2007, encontrar-se regulada por dois diplomas legais que impunham uma dicotomia no tratamento da responsabilidade civil do Estado, tanto no âmbito substantivo quanto no processual.

No aspecto material, o Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de novembro de 1967, disciplinava a responsabilidade civil do Estado no que tange ao exercício de atividades de gestão pública, sendo que, por sua vez, o Código Civil dispunha em relação aos atos de gestão privada. Além disso, como destacado, esta dualidade substantiva era estendida ao âmbito contencioso, um vez que caso estivesse em causa atos de gestão pública os tribunais administrativos seriam competentes, caso contrário, por atos de gestão privada, a competência seria afeta aos tribunais judiciais.

Esta disciplina legislativa dicotômica, ainda que se ultrapassasse sua inconsistência teórica, acarretava uma série de problemas práticos, razão pela qual sempre sofreu fortes críticas por parte da doutrina administrativista⁵¹, notadamente pela inexistência de critérios seguros para identificar quando se estaria diante de uma ato de gestão pública ou privada o que causava morosidade excessiva na prestação

⁵¹ Ver. SILVA, Vasco Pereira de. “Era uma vez...” o contencioso da responsabilidade civil pública. *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 40 – julho/agosto 2003, págs. 60-69. Braga: CEJUR, 2003, págs. 60-69; SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise*, págs. 474-508; SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise. Ensaio sobre as acções no novo processo administrativo*. Coimbra: Edições Almedina, 2008, 2ª edição, págs. 516-558; SILVA, Vasco Pereira da. *Verdes São também os Direitos do Homem; responsabilidade administrativa em matéria de ambiente*. Estoril: Principia, 2000, págs. 33-53.

jurisdicional⁵², em razão da indefinição acerca da jurisdição competente e do regime substantivo aplicável⁵³.

Esta tormentosa questão, esperava-se fosse posta a termo, mediante a devida unificação substantiva, com o advento da Lei n.º 67/2007. Contudo, a discórdia que envolve a matéria parece que ainda vai perdurar.

Isto se dá, como desde já antecipa Vasco Pereira da Silva, pela “ambiguidade linguística” trazida pelo texto da Lei n.º 67/2007. Como explica o autor, o diploma legal em questão, que também regula a responsabilidade civil extracontratual do Estado por danos resultantes do exercício da função administrativa, define esta atividade como “<<as funções e omissões adoptadas no exercício de prerrogativas de poder público ou regulado por disposições ou princípios de direito administrativo>>”. Esta redação permite uma dupla interpretação, uma vez que, de um lado, a “expressão ‘actuação regulada por disposições ou princípios de direito administrativo’” admite uma interpretação ampla de forma a englobar toda a atividade administrativa, não obstante, de outro lado, a expressão “‘prerrogativas de poder público’” aceita que se interprete no sentido da permanência de uma dupla natureza da atividade administrativa, quais sejam os atos de gestão pública e os atos de gestão privada⁵⁴.

Este apontamento é reforçado pelo fato de a jurisprudência portuguesa, ao menos pelo período em que buscou definir um padrão distintivo, ter adotado o denominado “critério do enquadramento institucional”. Considerando que nem o Código Civil ou a legislação administrativa esclarecem o que são atos de gestão pública ou atos de gestão privada, a definição de ambos foi tomada em um ambiente de grande divergência jurisprudencial acerca da questão, acabando pela definição de determinado critério para resolução da questão pelo Tribunal de Conflitos.

A orientação jurisprudencial pode ser extraída do Acórdão de Tribunal de Conflitos n.º 010/03, de 04 Março 2004. Conforme consta no corpo da decisão, o Tribunal “principalmente a partir do acórdão de 5 de novembro de 1981, BMJ-311,

⁵² SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise*, 2ª edição, pág. 523.

⁵³ SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise*, 2ª edição, pág. 523.

⁵⁴ SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise*, 2ª edição, pág. 546.

195, adoptou o critério do enquadramento institucional”, pelo qual deve ser verificado, para fins de identificação de um ato como de gestão pública ou privada, “se tais actos se compreendem numa actividade colectiva em que esta, despida do poder público, se encontra e actua numa posição de paridade com os particulares a que os actos respeitam e, portanto, nas mesmas condições e no mesmo regime em que poderia proceder um particular, com submissão às normas de direito privado; - Ou se, contrariamente, esses actos se compreendem no exercício de um poder público, na realização de uma função compreendida nas atribuições de um ente público, independentemente de envolverem ou não o exercício de meios de coerção e independentemente ainda das regras, técnicas ou de outra natureza, que na prática dos actos devem ser observada”⁵⁵.

Como se vê, o núcleo central do sentido distintivo entre os dois conceitos reside na presença ou ausência de a atividade praticada pela Administração estar revestida ou “despida do poder público”. O exercício do “poder público” é a chave que esclarece a questão. Logo, uma vez que a Lei n. 67/2007 define, em um primeiro momento, a atividade administrativa como aquela praticada “no exercício de prerrogativas de poder público”, dá a entender que pode existir uma divisão no interior da prática administrativa que mude sua natureza, qual seja a atividade exercida com uso de poder e a praticada à revelia de qualquer prerrogativa.

Veja-se que, ao passo que a lei vai sendo objeto de análise doutrinária, realmente a questão reaparece com força. Neste sentido, entendendo a permanência da dualidade de regimes, Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado Matos⁵⁶, Carlos Alberto Fernandes Cadilha⁵⁷, Maria José Rangel de Mesquita⁵⁸ e Luís Cabral de Moncada⁵⁹.

⁵⁵ Acórdão de 4 de março de 2004. Conflito n.º 10/03. Recorrente: Manuel da Silva Ferreira e mulher no conflito negativo de jurisdição entre o Tribunal Judicial da Comarca de Felgueiras e o T.A.C., do Porto; Relator: Exmo. Cons.º Dr. Sandro Botelho. Disponível em www.dre.pt, acesso em 08 de maio de 2009.

⁵⁶ SOUSA, Marcelo Rebelo de. MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral – Tomo III*, pág. 17.

⁵⁷ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Regime da responsabilidade civil*, págs. 28-29.

⁵⁸ MESQUITA, Maria José Rangel de Mesquita. *O regime civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas e o direito da União Européia*. Coimbra: Edições Almedina, 2009, pág. 14.

⁵⁹ MONCADA, Luís Cabral de. *Responsabilidade civil extra-contratual do Estado*, pág. 26.

Conduto, com esta posição, não podemos concordar. Esta conclusão, todavia, não é alcançada de forma imediata, devendo passar por uma construção teórica prévia que inicia pela definição de um entendimento acerca da atividade administrativa. A caracterização da atividade administrativa não encontra suporte no uso de prerrogativas ou poderes especiais pela Administração. Esta solução é insuficiente e mostra-se apegada a pressupostos e características ultrapassadas da atividade administrativa. Como aponta Vasco Pereira da Silva, esta distinção entre gestão pública e gestão privada tinha por base uma concepção de que a Administração atuava por intermédio do exercício de sua autoridade “ou era remetida para o ‘limbo’ do Direito Privado”. Contudo, prossegue o autor, o que identifica a atividade administrativa não é o uso e prerrogativas ou poderes mas “a dimensão (material e teleológica) da satisfação de necessidades colectivas através de formas públicas e privadas”. Completa o professor de Lisboa, asseverando que de tão inviável se mostrou esta distinção a “jurisprudência – que foi obrigada a encontrar orientações para resolver os casos concretos, malgrado os imbróglis legislativos – ter renunciado a um critério lógico de distinção entre gestão pública e gestão privada, substituindo-o pelo recurso à sensação ‘impressionista’ do ‘ambiente de Direito Público’”⁶⁰.

Seguindo, ainda, os ensinamentos de Vasco Pereira da Silva, deve-se ter em mente que o modelo de Administração atual não se configura como a “Administração Agressiva” “de que falava OTTO MAYER” mas a uma idéia de “Administração Prestadora” que busca atender finalidades coletivas⁶¹.

O critério “poder” deve ser substituído pelo critério “teleológico”⁶², ou seja, o que importa, para a configuração da atividade administrativa e, conseqüentemente, da responsabilização civil do Estado, é definir se a ação estatal ou da pessoa privada que exerce atividade administrativa busca a satisfação do interesse público.

⁶⁰ SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise*, 2ª edição, págs. 521-522.

⁶¹ SILVA, Vasco Pereira da. *Verdes São também os Direitos do Homem; responsabilidade administrativa em matéria de ambiente*. Estoril: Principia, 2000, págs. 32-33.

⁶² SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise*, 2ª edição, pág. 537.

Por outro lado, segundo pensamos, esta insistência na dualidade de regimes substantivos, pode ser relacionada com duas “situações traumáticas”⁶³ vivenciadas pela responsabilidade civil do Estado durante seu processo formação. Primeiro, esta idéia de identificação da atividade administrativa com o poder e a consequente regulação da responsabilidade civil pelo regime de Direito Público somente quanto em causa este tipo de atuação, pode ser entendida pela análise, já efetuada, dos próprios primórdios da teoria da irresponsabilidade em que, para se aceitar a responsabilização, ficcionava-se a figura do Fisco, que, por não colocar em causa a soberania do Estado e atuar na mesma posição dos particulares, poderia ser responsabilizado, sendo a matéria regulada por normas de Direito Privado. Logo, a insistência na dualidade dos regimes substantivos da responsabilidade civil administrativa pode ser motivada por uma tendência de entender-se que a atividade administrativa é fracionada, podendo o Estado valer-se de seus poderes e ação soberana, ou não, caso em que estará no mesmo patamar dos particulares e afeto ao regime jurídico de Direito Privado.

A segunda situação, como destaca Vasco Pereira da Silva⁶⁴, remonta à própria aceitação de uma responsabilidade civil da Administração no já citado caso Agnès Blanco, no qual, desde a primeira vez, há discussão acerca da jurisdição competente e o direito material aplicável para resolver a questão em que está em causa a responsabilidade civil do Estado.

Assim, identificados os motivos da dualidade, impende que estes “traumas” devam ser superados. Ainda, não bastasse esta “sessão de psicanálise” e o já destacado acerca do sentido que deve assumir a conceituação da atividade administrativa, de se acrescentar que é inaceitável a dualidade por algumas outras razões, notadamente pela inadequação do Direito Civil para regular a matéria.

Fazendo-se uma incursão ao Código Civil português, vê-se que este diploma regula a responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública por atos de gestão privada mediante a previsão dos artigos 500º e 501º, pelos quais, em síntese, a responsabilidade estatal dá-se nos mesmos termos em que os

⁶³ A idéia de buscar situações complexas e “traumáticas” vivenciadas pelo Direito Administrativo para explicar fenômenos atuais encontra evidente inspiração em Vasco Pereira da Silva. SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise*.

⁶⁴ SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise*, págs. 08-09.

“comitentes respondem pelos danos causados pelos seus comissários”, em face do que, como explica Diogo Freitas do Amaral, é indispensável uma ação culposa do agente público para que surja o dever indenizatório, respondendo o Estado de forma solidária com este, ou seja, o papel do Estado é de “garante” da obrigação⁶⁵. Desta regulamentação verificam-se inúmeros problemas.

Não há justificativa para que a atividade administrativa, que na essência é uma, enseje formas diversas de responsabilização, no caso mais branda quando se tratar de atos de gestão privada (responsabilidade será objetiva pelos atos de gestão pública e subjetiva pelos atos de gestão privada), uma vez que o Estado somente responderá quando o agente atue de forma dolosa ou culposa. Em outras palavras, enquanto nas hipóteses de gestão pública, fora os casos de responsabilidade delitual, a ação culposa do agente público não é pressuposto para o dever reparatório, pelos atos de gestão privada é necessária uma atuação culposa do agente para que surja qualquer pretensão de ressarcimento pelo particular lesado. De outro lado, são inadequados os termos pelos quais a lei civil estabelece a responsabilidade da Administração por atos de gestão privada, qual seja nos mesmos termos que a responsabilidade do comitente pelos atos de comissário. A relação entre comitente e comissário configura-se na figura da representação, do mandato, ou seja, o comitente outorga poderes ao comissário para que este o represente em determinadas situações. Todavia, a relação entre agente público e Administração não ocorre nestes termos. Como já destacado, a relação entre agente e Estado não é de representação mas sim uma relação organicista, pela qual a pessoa física integra a própria estrutura do Estado, enquanto pessoa jurídica. Logo, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, a “relação entre a vontade e a ação do Estado e de seus agentes é uma relação de *imputação direta* dos atos dos agentes ao Estado”. O agente, ao agir, não representa o Estado, ele é o próprio Estado, assim a vontade e atuação do agente passam a ser consideradas como se do Estado fosse, não havendo uma divisão entre ambos⁶⁶. Assim, o regramento utilizado pelo Código Civil para estabelecer a responsabilidade do Estado vale-se de uma lógica que não é adequada à relação Estado e agente público.

⁶⁵ AMARAL, Diogo Freitas. *Direito Administrativo – Volume III*, págs. 550-553.

⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, págs. 866-867.

Por fim, a legislação infraconstitucional dá sinais claros de superação da dualidade substantiva. A reforma do contencioso administrativo unificou na jurisdição administrativa a competência para julgar as demandas afetas à responsabilidade civil extracontratual do Estado. Isso reforça a total falta de coerência de qualquer interpretação que pretenda sustentar a manutenção de uma dualidade de regimes substantivos⁶⁷.

Para arrematar, recorrendo uma vez mais às lições de Vasco Pereira da Silva, a interpretação específica do artigo 1.º, n.º 2, da Lei n.º 67/2007, deve ser no sentido de que foi posta a termo a dualidade substantiva estabelecendo um tratamento unitário para a responsabilização civil extracontratual da Administração Pública, o que é alcançado mediante entendimento de que “a expressão, mais restrita, ‘prerrogativas de poder público’ aparece em alternativa (‘ou’, é o termo utilizado pelo legislador) à outra, mais ampla, de ‘regulação por normas ou princípios de direito administrativo’”⁶⁸. Ou seja, na atividade administrativa, que na essência é uma só, a Administração pode utilizar “prerrogativas de poder público” ou não, em todo caso, a responsabilidade civil vai ser aquilatada segundo o disposto na Lei n.º 67/2007.

Finalmente, de se consignar que, no âmbito brasileiro, a discussão atualmente se mostra superada, pois não teve mais lugar a antiga diferenciação entre os atos de império e os atos de gestão, uma vez que, como já destacado, a regulamentação jurídica da matéria resumia-se às normas constitucionais e ao Código Civil que, apenas, reproduzia as disposições da Constituição. Logo, não havendo dualidade de estatutos jurídicos a dispor sobre o assunto, a jurisprudência acabou por concretizar a Constituição Federal por intermédio do estabelecimento de uma unidade de tratamento da atividade administrativa para fins de responsabilidade civil extracontratual da Administração. Destarte, pelo sistema vigente, tanto a ordem portuguesa quanto a brasileira estabelecem esta unidade, sendo a matéria regulada, no âmbito português, pela Lei n.º 67/2007, e, na esfera brasileira, pela concretização jurisprudencial com base na norma constitucional.

⁶⁷ SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise*, 2ª edição, pág. 540.

⁶⁸ SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise*, 2ª edição, pág. 546.

3. 3. A responsabilidade civil extracontratual da Administração por omissão

Fixada a premissa de unidade de regimes substantivos em ambas ordens jurídicas, passa-se para análise da sistematização recebida pela matéria, em Portugal por intermédio da Lei n.º 67/2007, e, no Brasil, mediante atuação da jurisprudência, com evidente apoio da doutrina administrativista. Em síntese, pode-se dizer que, tomando-se como referência um plano puramente sistematizador, atuaram de forma diferente o legislador português e a jurisprudência brasileira, uma vez que a Lei n.º 67/2007 estabeleceu que a responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública configura-se em três grandes grupos – responsabilidade extracontratual por fato ilícito (ou delitual), pelo risco e pelo sacrifício (ou fato lícito). Por sua vez, a jurisprudência brasileira e a doutrina administrativista não apresentam soluções uniformes para esta sistematização. Neste sentido, o começo da análise buscará desvendar a forma pela qual a questão é tratada no âmbito brasileiro para, após, confrontar a sistemática brasileira com o esquema sistemático estabelecido pela Lei n.º 67/2007, iniciando-se pela relevância dada à omissão administrativa para fins de responsabilidade civil.

Na doutrina brasileira, apresenta-se com muita força a construção desenvolvida por Celso Antônio Bandeira de Mello. Segundo o autor, a responsabilidade civil extracontratual da Administração deve ser compreendida a partir de duas situações – quando o ente público causa o dano e quando, apesar de a atividade estatal não ser causa do evento lesivo, deveria evitar o dano⁶⁹. A responsabilidade civil, com efeito, pode decorrer de uma ação ou omissão estatal, sendo sob este enfoque que o tratamento da matéria é sistematizado – responsabilidade por ação ou por omissão⁷⁰.

⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, pág. 869.

⁷⁰ Vamos, assim, partir desta sistematização utilizada por Celso Antônio Bandeira de Mello, pela qual o instituto é dividido em dois grandes grupos – responsabilidade por ação e por omissão. Em prosseguimento, estudaremos, inicialmente, a relevância da omissão para fins de responsabilização civil da Administração Pública e, posteriormente, a responsabilidade por ação, desdobrando esta última análise em dois itens, quais sejam a relevância da ação estatal para configuração da responsabilidade delitual e, por fim, nos casos de responsabilidade pelo risco e por fato lícito. Como isso, pretendemos formalizar uma sistemática estrutural própria para este estudo de forma a viabilizar o enfoque comparativo da matéria.

Prossegue Bandeira da Mello, afirmando que a responsabilidade por omissão é sempre subjetiva. Na responsabilidade por omissão, o Estado, como é lógico, não é o causador do dano, contudo, por imperativo legal, deveria ter impedido sua ocorrência – a omissão é “*condição* do dano, e não *causa*”⁷¹. Assim, é indispensável a presença da ilicitude, configurada no descumprimento de dever legal de agir, para a perfectibilização dos pressupostos da responsabilidade civil da Administração por omissão – “a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento *ilícito*”⁷². Ainda, afirma o autor, “sendo responsabilidade por *ilícito*, é necessariamente subjetiva, pois não há conduta ilícita do *Estado* (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo)”⁷³.

Esta omissão culposa é também relacionada com a noção, já destacada, de *faute du service* ou teoria da culpa do serviço, sendo caracterizada a responsabilidade estatal em razão do funcionamento anormal do serviço, sendo desnecessária a individualização da culpa na pessoa de um específico agente, mas, evidentemente, sendo esta culpa individualizada, o agente público faltoso igualmente responde. Assim, por esta construção, a Constituição Federal brasileira, no que tange à responsabilidade objetiva, somente se aplica aos casos de comportamentos comissivos do Estado. Ainda, de se destacar, que a configuração da responsabilidade por omissão do Estado, em geral, é apoiada pela construção de presunções de culpa, pela qual, para não ser responsabilizado, deve demonstrar a ausência de atuação culposa⁷⁴.

Não obstante, a proposta de Bandeira de Mello, já no âmbito doutrinário brasileiro, é objeto de alguns apontamentos. Nesta linha, Yussef Said Cahali, após analisar a construção de Bandeira de Mello no que se refere à responsabilidade por omissão, apresenta proposta diversa⁷⁵. Segundo relata, é possível entender-se a responsabilidade por omissão como objetiva, devendo a análise centrar-se na

⁷¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, pág. 873.

⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, pág. 872.

⁷³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, pág. 872.

⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, pág. 863.

⁷⁵ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*, págs. 218-223.

relevância causal desta omissão para a eclosão do evento lesivo. Assim, a omissão pode funcionar como concausa do dano, o que deve ser avaliado é a existência da “omissão de conduta exigível da Administração”⁷⁶, a qual, se praticada, poderia ter evitado o dano, sendo que, verificada esta circunstância, “identifica-se na conduta omissiva estatal a causa bastante para determinar a responsabilidade objetiva do Estado por sua reparação”⁷⁷. Para não ser responsabilizada, assim, a Administração deve demonstrar que a conduta não era exigível, a partir do que, provada esta inexigibilidade, rompido estará onexo causal.

Vê-se, assim, que a doutrina brasileira apresenta entendimentos diferentes sobre a questão, notadamente pela (im)possibilidade de a omissão estatal originar responsabilização civil em hipóteses nas quais não há descumprimento do ordenamento jurídico, ou seja, em situações em que não esta em causa qualquer situação delitual.

De outro lado, pela sistemática portuguesa, conforme disposto na Lei n.º 67/2007, a lógica da responsabilidade civil do Estado por omissão não encontra resistência em ser reconhecida mesmo nos casos de responsabilidade por ato lícito. A omissão pode ser relevante para a configuração da responsabilidade por fato ilícito, pelo risco ou por fato lícito⁷⁸.

O fato é que, na verdade, pode uma omissão estatal ser relevante para a caracterização do dano sofrido pelo particular e não demonstrar relação com qualquer ilicitude. A posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, assim, restringe por demais as fronteiras dentro das quais a responsabilidade por omissão pode ser caracterizada. Com efeito, apresenta maior lógica a construção de Yussef Said Cahali, devendo ser verificado se a conduta omitida era exigível da Administração e, portanto, devida, bem como se, caso houvesse sido praticada, pudesse interferir no evento lesivo. Esta exigibilidade da prática de determinada ação não é

⁷⁶ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*, pág. 220.

⁷⁷ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*, págs. 221.

⁷⁸ Carlos Alberto Fernandes Cadilha admite a responsabilidade por omissão nas hipóteses de indenização pelo sacrifício. CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas - anotado*. Coimbra: Coimbra editora, 2008, pág. 307; Segundo Margarida Cortez, é viável que a omissão se apresente em situações em que não há ilicitude. CORTEZ, Margarida. A responsabilidade civil da Administração por omissões. *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 40 – julho/agosto, págs. 32-38. Braga: CEJUR, 2003.

necessariamente vinculada com ilicitude. A análise deve ser centrada nas causas do dano e a relevância da omissão para a eclosão final do prejuízo arcado pelo particular. A dificuldade que se tem em aquilatar esta relação causal não justifica a opção de se vincular necessariamente omissão com ilicitude. Se, de um lado, é evidente que a omissão delitual encontrará maior suporte de prova para a sua caracterização como causa do dano, em outro específico, não se pode excluir, de antemão, que omissões não relacionadas com ilicitude igualmente possam ser demonstradas como integrantes desta linha causal.

Evidentemente, não se defende que a Administração será responsabilizada pela ausência ou insuficiência de toda e qualquer atividade jurídica ou material que poderiam ter evitado o dano sofrido pelo particular, daí exatamente a noção de exigibilidade do comportamento, mas a avaliação da relevância da omissão deve ser considerada em uma linha de construção de causas para o evento danoso e não em uma relação com a ilicitude.

De tudo, tem-se que, no Brasil, pode-se entender que a matéria é sistematizada em dois grandes grupos – responsabilidade por ação e por omissão – havendo divergência no que toca à definição da relevância desta omissão para fins de responsabilização civil da Administração, notadamente pela (in)dispensabilidade de se relacionar omissão e ilicitude. Por sua vez, a ordem portuguesa parte de uma sistemática diversa – responsabilidade por fato ilícito, pelo risco e por fato lícito – sendo que os três grupos aceitam a omissão, exatamente pela ausência de vinculação indispensável entre omissão administrativa e responsabilidade delitual. Logo, superada a posição de Bandeira de Mello, pode-se concluir ser comum à ambos os sistemas que para o desencadeamento da responsabilidade por omissão do Estado deve haver um comportamento omissivo; não realização de uma conduta exigível; um dano que deveria ter sido impedido pelo Estado.

Agora, todavia, situação diversa pode ocorrer quando resta individualizado o agente público omissor. Nestes casos, pela ordem portuguesa, tendo a omissão resultado de dolo ou culpa grave do agente, o Estado responde solidariamente com este (artigo 8º, 1, 2, da Lei n.º 67/2007). Todavia, sendo a omissão decorrente de culpa leve, subsiste, apenas, a responsabilidade estatal, não havendo

responsabilidade a se imputar ao agente (artigo 7º, 1, da Lei n.º 67/2007). De outro lado, contudo, a construção doutrinária e jurisprudencial brasileira não estabelecem esta distinção, definindo que, uma vez verificada omissão culposa do agente, este será responsável de forma solidária com o Estado. Não custa lembrar que, em ambos os sistemas, é dispensável a identificação do agente público, bastando a aferição do funcionamento anormal do serviço.

A solução do legislador português, em uma análise mais apressada, poderia ser tida por inconstitucional, pelo fato de a Constituição não estabelecer esta diferença entre os graus de culpa para fins de caracterização da solidariedade⁷⁹. Não obstante, entendemos que a distinção – de um lado a culpa leve e de outro o dolo e a culpa grave – em nada afronta a Constituição portuguesa.

Em primeiro lugar, e, principalmente, não há qualquer prejuízo substancial ao particular lesado⁸⁰, pois o Estado continua a ser responsável em qualquer solução. Assim, não obstante o artigo 22º, da Constituição da República Portuguesa, não estabelecer esta distinção e definir um regime de solidariedade entre o agente público e a Administração nos casos de responsabilidade delitual, é fato que, nos termos em que estamos defendendo ao longo deste trabalho, a Constituição estabelece um princípio geral de responsabilidade civil do Estado, que é direta, objetiva e solidária, sendo que esta regra geral nem sempre se confirma e pode ser afastada diante de uma ponderação correta.

Logo, a responsabilidade nem sempre será objetiva, solidária e direta. Neste caso, trata-se de opção legítima do legislador, dentro do espaço de concretização que lhe deixou a Constituição portuguesa, pois, no caso, ponderou no sentido de dar prevalência ao bom funcionamento do serviço público, ante ao receito que um excesso de responsabilização do agente pudesse prejudicar o funcionamento da atividade administrativa, resolvendo, assim, pela ausência de responsabilização pessoal em caso de culpa leve. O que estava em causa não é propriamente o interesse do particular lesado, uma vez que, em qualquer das soluções, o Estado será responsável, mas, sim, a melhor forma de satisfação do interesse público, seja pela reposição patrimonial, ante a ausência de direito de regresso em razão da

⁷⁹ MEDEIROS, Rui. *Ensaio sobre a responsabilidade civil*, pág. 93.

⁸⁰ Em sentido contrário. MEDEIROS, Rui. *Ensaio sobre a responsabilidade civil*, pág. 98.

responsabilidade civil do agente público que obrou com culpa leve, ou, de outro lado, o melhor funcionamento da atividade administrativa. Assim, temos que, como frisado, se trata de decisão que se encontra na margem política do legislador e não se mostra desarrazoada⁸¹.

De resto, cabe apenas citar que a discussão não tomou lugar no contexto brasileiro, pois a jurisprudência não efetivou a distinção entre graus de culpa para configuração da responsabilidade do agente.

Assim, de tudo, ultrapassando-se a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello e admitindo-se a possibilidade de a omissão da Administração ter relevância para caracterizar responsabilidade civil mesmos em casos nos quais ausente qualquer contexto delitual, concluímos que, mesmo seguindo linhas concretizadoras distintas – legislador em Portugal; jurisprudência no Brasil – e metódica sistematizadora diferente, a matéria, no que tange a omissão, praticamente foi assimilada e aplicada de forma convergente em ambos os sistemas, excluindo-se, apenas, a ausência de responsabilidade do agente omissor quando obrar com culpa leve nos ditames da legislação portuguesa.

3. 4. A responsabilidade delitual por comportamentos comissivos

Ultrapassada a análise da relevância da omissão para fins de responsabilização civil da Administração, passamos a centrar o estudo nas hipóteses em que o dever indenizatório decorre de comportamentos comissivos do ente público, iniciando pela responsabilidade delitual.

A responsabilidade civil subjetiva, pela ordem brasileira, apresenta relevância, essencialmente, para a responsabilização solidária do agente público causador do dano, tendo lugar nos casos de agir doloso ou culposo. Com base nos ditames constitucionais, a doutrina e jurisprudência estabeleceram, como requisitos para configuração da responsabilidade subjetiva: um comportamento voluntário comissivo do agente público, jurídico ou material, doloso ou culposo, ilícito, referente à função pública, causador de um dano, um nexo causal entre a conduta e

⁸¹ Sobre o tema. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*, págs. 214-215.

o dano. É indispensável, assim, um comportamento comissivo do agente público, que seja voluntário, praticado no exercício ou em razão de suas funções, e, deste comportamento advir um dano ao particular. Ainda, deve restar caracterizada a ilicitude do comportamento, em razão da violação da ordem jurídica por uma conduta revestida de um elemento subjetivo configurado no dolo ou na culpa, e, também, uma relação de causalidade entre a ação e o dano. Preenchidos estes requisitos, caracterizada está a responsabilidade da Administração, de forma solidária com o agente público. Ainda, possui o ente público ação regressiva em face do agente causador do dano.

A Lei n.º 67/2007 regulamentou a matéria na ordem jurídica portuguesa, tendo estabelecido condições e pressupostos para a configuração da responsabilidade delitual. Segundo Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, em um primeiro momento, “há responsabilidade administrativa pelos prejuízos provocados por actos que sejam imputados a uma pessoa colectiva administrativa (actos funcionais)”, ou seja, a lei 67/2007 estabeleceu o critério da “imputação”, pelo qual “para que um acto seja considerado como funcional tem que ser praticado por um titular de órgão ou agente de uma pessoa colectiva administrativa e tem que ser praticado no exercício das funções do titular do órgão ou agente, tal como decorrente do respectivo estatuto, e por causa dessas funções”⁸².

A condição é lógica e se encontra presente, igualmente, no sistema brasileiro, uma vez que, o agente público não deixa de possuir vida privada e de, nesta esfera, praticar comportamentos que podem causar prejuízos a terceiros. Logo, para fins de responsabilidade da Administração, o que deve ser aquilado é se o comportamento está vinculado, é imputável, ao Estado, se diz respeito à atuação funcional do agente, pois, caso contrário, sendo o ato praticado na vida pessoal e referente às ações privadas do agente, em nada influi na caracterização de uma responsabilidade estatal, como não poderia ser diferente, uma vez que, caso contrário, se colocaria a Administração na posição de garantidor universal de toda e qualquer ação de seus agentes, estando, ou não, relacionada com a atividade

⁸² SOUSA, Marcelo Rebelo de. MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral – Tomo III*, pág. 16.

administrativa, o que, evidentemente, não possuiria qualquer embasamento constitucional, bem como não encontraria fundamento nos princípios e fundamentos que norteiam a responsabilidade civil extracontratual do Estado.

Em prosseguimento, explicam os autores lusitanos que “existe responsabilidade civil delitual da Administração e, como tal, dever de indemnizar, quando se verificarem cumulativamente cinco pressupostos, expressa ou implicitamente resultantes dos arts. 7.º, 1 e 8.º, 1, 2 RRCEC: o facto voluntário, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade”⁸³.

Até aqui, com efeito, vê-se que o tratamento da matéria igualmente é similar, sendo essencialmente os mesmos requisitos exigidos por ambos os sistemas para a configuração da responsabilidade delitual por ação.

Conduto, como já foi mencionado de forma indicativa, questão importante a ser destacada recai sobre o fato de, diferentemente da construção brasileira, a Lei n.º 67/2007 definiu a ação delitual como relevante para a caracterização da responsabilidade civil da própria Administração e não apenas do agente causador do dano. É que, enquanto a doutrina brasileira, em geral, desenvolve raciocínio de que a responsabilidade civil do Estado por ação é sempre objetiva e pressupõe a presença de três requisitos – conduta estatal, dano e nexo causal – a ilicitude da conduta fica relegada para um segundo plano, uma vez que, mesmo à revelia desta, resta configurada a responsabilidade estatal objetiva⁸⁴.

Assim, a relevância da ilicitude é atribuída para verificação da responsabilidade do agente causador do dano, sendo que, mesmo quando não caracterizada a responsabilidade deste, pois ausente qualquer comportamento ilícito, pode subsistir a responsabilidade do Estado a título objetivo. Agora, na lógica portuguesa, a responsabilidade pelo risco demanda o preenchimento de outros

⁸³ SOUSA, Marcelo Rebelo de. MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral – Tomo III*, pág. 19.

⁸⁴ De acordo com Hely Lopes Meirelles, o artigo 37º, §6º, Constituição Federal Brasileira, instituiu “o princípio objetivo da *responsabilidade sem culpa* pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados”. MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo, Malheiros Editores, 1990, 20ª edição, pág. 560; por sua vez, Maria Sylvia Zanella Di Pietro refere que pela teoria da responsabilidade objetiva do Estado “a idéia de culpa é substituída pela de nexo de **causalidade** entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. É indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular”. PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2004, 17ª edição, pág. 551.

pressupostos – além da conduta, dano e nexos causal – o que pode acarretar na pertinência, nos casos de responsabilidade por ação, de perquirição acerca da presença do elemento subjetivo para a configuração da responsabilidade do próprio Estado. Além disso, considerando que pela ordem portuguesa é excluída a responsabilização do agente nos casos de culpa leve, subsistindo, apenas, a responsabilidade do ente público nestes casos, a culpa, com efeito, passa ser relevante para a perquirição da responsabilidade da própria Administração também nestas situações. A questão será melhor abordada infra, quando do estudo da responsabilidade pelo risco e por fatos lícitos, apenas, por ora, é relevante deixar clara esta diferença quanto à relevância da ação delitual.

Por fim, a distinção entre culpa leve, culpa grave e dolo, para fins de definição da responsabilidade do agente público e do direito de regresso, é idêntica à responsabilidade delitual por omissão. Assim, valem aqui as mesmas considerações lançadas no item anterior acerca da constitucionalidade da distinção de regimes entre a ação do agente público resultante culpa leve e culpa grave ou dolo.

3.5. A responsabilidade por comportamentos comissivos – pelo risco e por fatos lícitos

Ultrapassadas as situações de responsabilidade por omissão e por ação delitual da Administração Pública, em razão de comportamento culposos ou dolosos do agente público, a jurisprudência brasileira⁸⁵, apoiada na doutrina administrativista, dá seguimento à concretização do texto constitucional, estabelecendo que a responsabilidade civil extracontratual da Administração pode ter lugar nos casos de comportamentos comissivos dos quais decorram danos aos particulares,

⁸⁵ Yussef Said Cahali traz um repertório jurisprudencial de decisões que refletem os requisitos para a configuração da responsabilidade objetiva da Administração por atos comissivos. Dentre os precedentes arrolados por Cahali, de se destacar decisão do Supremo Tribunal Federal (“STF, 2.^a Turma, 18.02.1992, RT 682/239”) pela qual são especificados os requisitos da responsabilidade objetiva do Estado, quais sejam: “a) do dano; b) da ação administrativa; e c) desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa”. CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*, págs. 58-60.

estando estas situações sob o regime da responsabilidade objetiva, fundamentada na teoria do risco e no princípio da igualdade.

Nestas hipóteses, o Estado é o causador do dano⁸⁶, mediante um comportamento voluntário e comissivo, jurídico ou material⁸⁷, imputável à entidade pública por ação funcional do agente. Não está em causa a ilicitude da conduta, ou seja, a Administração é responsável civil, ainda que lícito seu comportamento e, como consequência, não é requisito uma conduta culposa. Ainda, é necessária a configuração do dano e um nexo de causalidade entre o comportamento estatal e o evento lesivo.

Entrementes, em suma, a jurisprudência brasileira condicionou a responsabilidade da Administração por comportamentos comissivos sob regime da responsabilidade objetiva à presença de três requisitos fundamentais, quais sejam a existência de uma conduta ativa imputável à Administração, a visualização de um dano sofrido pelo particular, e o um nexo de causalidade entre o comportamento estatal e o prejuízo.

Não há, assim, uma divisão dentro das hipóteses de responsabilidade objetiva, sendo este regime decorrente de uma lógica unitária formada ao redor de três pressupostos essenciais – conduta, dano e nexo causal. De se dar destaque ao fato de que, em tratando de responsabilidade por ações lícitas, a doutrina brasileira vem exigindo o requisito da especialidade e anormalidade dos danos⁸⁸.

Porém, são admitidas excludentes a esta responsabilidade objetiva, na forma sistematizada por Celso Antônio Bandeira de Mello, o Estado “exime-se apenas se não produziu a lesão que lhe é imputada ou se a situação de risco inculcada a ele inexistiu ou foi sem relevo decisivo para a eclosão do dano”⁸⁹, o que, confrontado com os requisitos gerais desenvolvidos, resulta que a Administração somente não responderá quando não houver nenhuma conduta que lhe seja imputável ou ante a ausência de nexo de causalidade entre o seu comportamento e o dano. O desenvolvimento subsequente da matéria, aponta, em conclusão, que estas

⁸⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, pág. 869.

⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, pág. 871.

⁸⁸ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*, págs. 68-69; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, pág. 881.

⁸⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, pág. 882.

situações surgem especialmente pela configuração de hipóteses em que o prejuízo é resultante de caso fortuito, força maior e culpa exclusiva do lesado ou de terceiro. Estas situações, podem, todavia, em casos de concomitância causal com a ação estatal, apenas atenuar a responsabilidade.

Na órbita portuguesa, a Lei n.º 67/2007 sistematizou a responsabilidade objetiva da Administração por comportamentos comissivos de forma diversa. Inicialmente, separou a regulamentação da matéria em dois grupos, quais sejam a “responsabilidade administrativa pelo risco e responsabilidade por facto lícito”.

Na primeira situação, estabelece a lei em questão, em seu artigo 11.º, 1, que “as pessoas colectivas administrativas respondem pelos danos causados por actividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos”. Assim, não basta que a atividade administrativa cause um dano ao particular para que a responsabilidade seja objetiva, no caso fundamentada no risco, é indispensável que seja “especialmente perigosa”. Como explicam Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, “o conceito de perigo especial exprime uma potencialidade de lesão de bens que normalmente não se verifica na vida social; estão, nomeadamente (mas não apenas), abrangidos pelo conceito aqueles perigos que decorrem de circunstâncias especificamente atinentes à prossecução da actividade administrativa e que, por isso, não se verificam correntemente em actividades desenvolvidas por particulares ou em coisas que estejam na sua posse. A natureza especial do perigo não deve ser averiguada em abstrato, mas tendo em conta o concreto funcionamento do serviço, coisa ou actividade que estejam em causa”⁹⁰.

De resto, a responsabilidade pelo risco demanda a existência do dano e o nexo causal entre este e o comportamento estatal, bem como admite causas de exclusão ou modificação, notadamente a força maior, a culpa do lesado e a responsabilidade de terceiro, devendo ser incluído o caso fortuito⁹¹.

De outro lado, estabelece o artigo 16º, da Lei n.º 67/2007, a responsabilidade civil extracontratual da Administração por fatos lícitos ou, nos termos utilizados na lei,

⁹⁰ SOUSA, Marcelo Rebelo de. MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral – Tomo III*, pág. 38.

⁹¹ SOUSA, Marcelo Rebelo de. MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral – Tomo III*, págs. 39-41.

“pelo sacrifício”. O artigo completa o regramento da responsabilidade civil extracontratual do Estado. Contudo, há posições sustentando que a responsabilidade civil da Administração por fatos lícitos não se refere à concretização do artigo 22º, da Constituição da República Portuguesa, mas, sim, uma situação autonomizada referente aos artigos 62º e 83º do texto constitucional⁹². Esta constatação, aliada à consagração sistemática que a matéria recebeu na Lei n.º 67/2007, inserida em um capítulo diferente e destacado das demais, bem como a autonomia dada pelo CPTA⁹³, indica que não se trata de uma outra modalidade de responsabilidade civil mas uma situação autônoma não configurando, portanto, uma espécie mas uma “específica forma de responsabilidade”⁹⁴.

Marcelo Rebelo de Souza e André Salgado de Matos, de forma um pouco diferente, sustentam que deve haver uma autonomização entre a “responsabilidade civil por fato lícito” e as “pretensões indenizatórias pelo sacrifício de direitos patrimoniais privados”⁹⁵. Segundo os autores, a Lei n.º 67/2007 regula, apenas, a responsabilidade por fatos lícitos, a qual é restringida de forma a englobar apenas “a responsabilidade pelo sacrifício de bens pessoais e por danos causados em estado de necessidade”⁹⁶, sendo que estes últimos admitem danos em bens patrimoniais⁹⁷. Pode ser configurada, ainda, “a responsabilidade civil pela legítima não reconstituição da situação actual hipotética (arts. 45.º, 49.º, 102.º, 5, 166.º e 178.º CPTA)”⁹⁸.

Situação diversa, entretanto, são “as pretensões indenizatórias pelo sacrifício de direitos patrimoniais privados”⁹⁹, que decorrem diretamente do artigo 62º, 2, da

⁹² CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Regime da responsabilidade civil*, pág. 300.

⁹³ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Regime da responsabilidade civil*, págs. 299-300.

⁹⁴ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Regime da responsabilidade civil*, pág. 301.

⁹⁵ SOUSA, Marcelo Rebelo de. MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral – Tomo III*, pág. 58.

⁹⁶ SOUSA, Marcelo Rebelo de. MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral – Tomo III*, pág. 42.

⁹⁷ SOUSA, Marcelo Rebelo de. MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral – Tomo III*, pág. 43.

⁹⁸ SOUSA, Marcelo Rebelo de. MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral – Tomo III*, pág. 42.

⁹⁹ SOUSA, Marcelo Rebelo de. MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral – Tomo III*, pág. 42.

Constituição da República Portuguesa, “dispositivo que, significativamente, foi autonomizado da previsão geral da responsabilidade civil administrativa no art. 22.º, CRP”¹⁰⁰. Nestes casos, especificamente pelo tratamento constitucional dado à requisição e à expropriação por utilidade pública, o que deve ser estendido à “quaisquer actos ablativos análogos”¹⁰¹, os atos somente podem ser praticados “mediante o pagamento de justa indemnização”, ou seja, nas palavras dos autores, “só são juridicamente conformes se forem *acompanhados ou anteceditos* do pagamento de uma justa indemnização. E é precisamente este mecanismo que escapa totalmente aos quadros da responsabilidade civil, ainda que por facto lícito: na responsabilidade civil a indemnização é uma consequência dos actos danosos e no art. 62.º, 2 CRP é um verdadeiro *requisito de legalidade* daqueles actos”¹⁰².

Contudo, não obstante a força dos argumentos, aptos a indicar, no mínimo, uma maior reflexão sobre a questão, temos que, uma tomada de posição definitiva acerca da matéria refugiria aos limites deste estudo, além do que parece ser desnecessária para o alcance das finalidades propostas. Apesar disso, nos permitiremos traçar algumas considerações para justificar um tratamento diferente das propostas dos autores citados.

Em qualquer dos casos, o fundamento da responsabilidade por fato lícito ou pelo sacrifício é atribuído ao princípio da igualdade¹⁰³ – repartição social dos encargos – configurado na necessidade de o Estado indenizar os particulares a que, em face de razões de interesse público, por intermédio de atividades lícitas, acabou por *impor encargos ou causar danos especiais e anormais*. Além disso, o fato é que, observadas suas particularidades, seu regramento é de todo similar às demais formas de responsabilidade civil extracontratual da Administração. Assim, será tratada sem maiores preocupações acerca de sua natureza, considerando-se que o preenchimento dos seus pressupostos pode configurar responsabilidade civil

¹⁰⁰ SOUSA, Marcelo Rebelo de. MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral – Tomo III*, pág. 58.

¹⁰¹ SOUSA, Marcelo Rebelo de. MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral – Tomo III*, pág. 59.

¹⁰² SOUSA, Marcelo Rebelo de. MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral – Tomo III*, pág. 59.

¹⁰³ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Regime da responsabilidade civil*, pág. 300.

extracontratual da Administração e que abrange tanto o sacrifício de bens pessoais e patrimoniais¹⁰⁴.

O que importa, para este estudo, é atentar para o fato da distinção e a existência de requisitos diferenciados entre a responsabilidade pelo risco e a por fatos lícitos, no qual incluiremos, como frisado, tanto os sacrifícios de bens pessoais quanto patrimoniais. Além disso, entendemos que, na prática, a efetiva relevância da autonomização da *indenização pelo sacrifício*, nos moldes propostos por Marcelo Rebelo de Souza e André Salgado de Matos, consistiria, na linha defendida pelos autores, na impossibilidade de exigir a presença, aos casos em que estão em causa direitos patrimoniais privados, do requisito estabelecido pela Lei n.º 67/2007, de que os *encargos ou danos* sejam *especiais e anormais*, uma vez que, seguindo o regime estabelecido pelo artigo 62.º, 2, da Constituição portuguesa, este requisito não poderia estar presente. Todavia, como se verá adiante, não nos parece possível excluir este requisito, muito pelo contrário, o que reforça nossa opção de tratar estas situações como responsabilidade civil por fato lícito, relegando o tratamento especial apenas para as hipóteses de requisição e expropriação por utilidade pública, “estando constitucionalmente sujeitas ao princípio do pagamento da justa indemnização (artigo 62.º, n.º 2, da CRP), tem o seu regime indemnizatório definido no Código das Expropriações (Decreto-Lei n.º 168/99, de 18 de Setembro)”¹⁰⁵.

Assim, a responsabilidade por fatos lícitos pode decorrer do sacrifício de bens pessoais e patrimoniais, bem como por danos causados em estado de necessidade¹⁰⁶. Para a configuração de responsabilidade por fato lícito é necessário, evidentemente, um fato lícito da Administração, que seja voluntário, que *imponha ou cause* – nexo de causalidade – um *encargo ou dano especial e anormal*.

Traçadas estas premissas e retornando ao enfoque comparativo, podemos, assim, estabelecer que a ordem jurídica portuguesa admite a responsabilização por atividades administrativas lícitas e sistematiza a matéria de forma diversa do que o

¹⁰⁴ Ver. CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Regime da responsabilidade civil*, pág. 303.

¹⁰⁵ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Regime da responsabilidade civil*, pág. 308.

¹⁰⁶ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Regime da responsabilidade civil*, pág. 305.

faz a jurisprudência brasileira, especialmente pela divisão, no âmbito da responsabilidade objetiva, da responsabilidade pelo risco e por fatos lícitos e pelo fato de estabelecer, no primeiro caso, a responsabilidade, apenas, nos casos de *actividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos* e, no segundo, quando a atividade administrativa lícita *impor encargos ou causar danos especiais e anormais*. Como já destacado, apenas este último, qual seja a especialidade e anormalidade dos danos nos casos em que resultarem de atuação lícita da Administração, é estabelecido como condição indispensável para o surgimento da responsabilidade no âmbito brasileiro.

Em face desta última constatação, assim, necessário destacar que andou bem a ordem jurídica portuguesa em dividir o tratamento da matéria, bem como ao estabelecer os requisitos citados. Por princípio, releva a distinção o fato de os fundamentos de ambas as formas de responsabilidade serem diversos, sendo que, na verdade, o que é comum é o regime jurídico ao qual se submetem, qual seja o da responsabilidade objetiva. Ainda que se possa sustentar que o princípio da igualdade é fundamento comum de ambas, o que não deixar de ter procedência, é fato que, na base, elas possuem os respectivos fundamentos mais intimamente vinculados à idéia de risco para uma e de socialização dos encargos públicos para a outra.

Assim, a sistematização dicotômica, neste caso, não é puro aspecto formal, bem como o recurso a argumentos de mera retórica. As responsabilidades pelo risco e por fato lícito, não obstante objetivas, possuem pressupostos diversos, como decorrência de seus fundamentos distintos, especialmente no que se refere a conduta administrativa, que no primeiro caso deve ser *especialmente perigosa*, o que não é exigido pela segunda que, por sua vez, impõe uma característica essencial para o dano ou encargo, ou seja, o dano ou encargo que resulta da ação lícita da Administração deve ser *especial e anormal*, o que não é exigido na primeira.

Logo, o que esta na base da ausência distintiva no âmbito brasileiro é a falta de exigência do requisito relacionado ao especial perigo da atividade estatal

causadora do dano que, ao nosso ver, deveria ser observado. Para esta afirmação, voltamos aos fundamentos da responsabilidade.

Como destacado no início deste trabalho, a teoria do risco é embasada em três concepções – a teoria do risco-criado, do risco-proveito e do risco-autoridade – que não se excluem. Estas teorias impõe uma característica especial na ação administrativa que venha a causar um dano, qual seja o risco da atividade, que pode ser originado pela três causas citadas. Logo, não é qualquer comportamento estatal comissivo que cause um dano ao particular que enseja responsabilização objetiva, é necessário que esta atividade se veja envolvida com um risco especial, que destoe das atividades regulares empreendidas pelos particulares.

Por exemplo, não faria qualquer sentido responsabilizar a Administração, de forma objetiva, caso um agente público, na nossa situação hipotética um motorista de determinado município, ao conduzir uma viatura pública, destinado a transportar o prefeito para alguma solenidade, em velocidade normal e ausente qualquer situação diferenciada, se envolvesse em acidente de trânsito, acabando por causar danos a um particular. Qual o sentido de responsabilizar a Administração de forma objetiva por este evento? Qual é o risco desta atividade? Acreditamos que a resposta negativa para ambas as questões se impõe, o que não exclui, todavia, a possibilidade de responsabilização subjetiva, mas risco não há, daí surgindo, por consequência, a possibilidade de a ação delitual ser relevante para a configuração da responsabilidade do próprio Estado.

Agora, diferente situação é posta, caso, recorrendo uma vez mais a um exemplo, se este agente público imaginado fosse motorista de um serviço público emergencial de saúde e, no intuito de resgatar determinada pessoa acometida de mal súbito e que buscou o serviço, empreendia alta velocidade e acabou por se envolver em acidente causando danos a particulares. Nesta situação, segundo pensamos, o risco administrativo está presente, sendo justificada a responsabilização objetiva da Administração. Assim, encontra perfeita lógica constitucional o disposto na Lei n.º 67/2007, ao estabelecer a necessidade de a atividade ser *especialmente perigosa*, requisito que deveria ser estendido para o sistema brasileiro. Ainda, tendo a responsabilidade embasada no risco que observar a presença deste requisito do

especial perigo da atividade, justifica-se a dicotomia desenhada pela Lei n.º 67/2007 no interior da responsabilidade objetiva, qual seja a responsabilidade pelo risco e por fato lícito.

De resto, no que se refere à responsabilidade por fato lícito, também é pertinente a exigência de o encargo ou dano suportado pelo particular ser *especial e anormal*, o que é requisito para a configuração da responsabilidade civil em ambas as ordens jurídicas objeto de estudo. Esta conclusão, igualmente, depende de uma digressão constitucional, uma vez que ao estabelecer o princípio da repartição dos encargos públicos a Lei Maior não buscou a indenização de qualquer dano sofrido pelos particulares decorrentes de atuações administrativas lícitas.

A socialização pressupõe um encargo ou dano para alguém individualizado, ou seja, que o fato não atinja a generalidade das pessoas, uma vez que aí todos estariam a suportar o dano, logo, a socialização dos prejuízos já nasceu juntamente com o fato. Além disso, o dano deve ser anormal, diferenciado do contexto normal das relações em que os particulares se vem envolvidos, quer entre si quer com o Estado. A própria existência da pessoa impõe a suportabilidade regular de fatos onerosos, sem o que a vida em sociedade não se desenvolve. Por que haveria de ser diferente quando nesta relação está presente o Estado? Caso imposto ao Estado o dever de indenizar, de forma ampla e irrestrita, qualquer dano que cause ao particular por uma atuação lícita, a própria subsistência do Estado restaria inviabilizada, uma vez que a interação com os particulares restaria impossível. Assim, a prevalecer esta idéia, o princípio da igualdade, que imporia a socialização dos encargos, seria subvertido em um imperativo do qual se originaria, ao contrário, a privatização dos benefícios decorrentes da atuação estatal, pois, se tudo deve ser indenizado, nada resta para o todo.

Como explica Otto Mayer, o relacionamento entre o Estado e os indivíduos pressupõe que estes arquem com danos, o que é requisito para a própria sobrevivência da entidade estatal integrada por estes mesmos indivíduos, sendo que, a partir disso, a obrigação de o Estado indenizar surge “do momento em que

estes prejuízos afetam a um indivíduo de maneira *desigual e desproporcional*", o que acarreta o "que se chama de *sacrifício especial*"¹⁰⁷.

Logo, para que exista a responsabilidade estatal por fatos lícitos é indispensável que o encargo ou dano imposto ao particular seja *especial e anormal*, ou seja, refira-se a pessoas especificadas e destoe da onerosidade normal que a vida em sociedade e um Estado social, que interage com os particulares, impõem, razão pela qual é constitucional o requisito imposto pelas ordens jurídicas portuguesa e brasileira.

De tudo, completando o ciclo justificativo do tratamento diferenciado das situações, tem-se que os fundamentos justificam os requisitos, tal como faz a ordem portuguesa, a serem exigidos na responsabilidade pelo risco e por fato lícito, sendo que, por sua vez, os requisitos e as peculiaridades de cada situação justificam o tratamento diferenciado da matéria, ou seja, a dicotomia entre responsabilidade pelo risco e por fato lícito.

Conclusão

As conclusões deste estudo acabaram por ser traçadas no corpo do trabalho e acompanharam a lógica de desmembramento problemático estabelecido em cada capítulo. Como notas finais, restam, apenas, algumas breves considerações.

O início deste trabalho teve a preocupação de desvendar as teorias que fundamentam e desenvolvem o instituto da responsabilidade civil da Administração Pública. Vislumbrou-se que tanto a ordem jurídica brasileira quanto a portuguesa beberam da mesma fonte e encontraram nestas teorias um referencial teórico comum. Ainda, mais do que isso, identificamos uma relação estreita entre a elaboração destas teorias e a evolução do Estado de Direito, o que culmina na formação de uma estrutura estatal que assume um sentido material no qual a responsabilidade civil da Administração Pública é elemento estruturante. Esta composição formadora é presente, de forma comum, tanto no sistema

¹⁰⁷ MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán: Tomo IV, parte especial – las obligaciones especiales*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982, 2ª edición, pág. 217.

brasileiro quanto o português. Isto tudo é refletido na própria configuração do princípio geral de responsabilidade civil do Estado positivado na Constituição Federal brasileira e na Constituição da República Portuguesa, pelo qual esta responsabilidade em regra, é direta, objetiva, englobando as pessoas coletivas de direito público e as pessoas coletivas de direito privado que estejam no exercício da função administrativa. Ainda, sendo o agente causador do dano também responsável (responsabilidade delitual e subjetiva), o Estado responde solidariamente. Para se fugir a esta configuração, a ponderação realizada pelos poderes constituídos deve ser constitucionalmente correta, o que ocorreu, por exemplo, pela opção da ordem portuguesa ao excluir a responsabilidade do agente nos casos de culpa leve.

A partir disso, o trabalho comparativo mostrou-se relevante, uma vez que tendo o instituto uma teorização comum em ambos os sistemas, e assumindo estes sistemas a forma de um Estado de Direito, as especificidades das ações concretizadoras não poderiam fugir em muito uma das outras, a não ser que se mostrassem como inadequadas do ponto de vista constitucional. Este é o mérito do esforço comparativo, enxergar com uma solução encontrada por determinado sistema pode ser mais adequada do que a prática vivenciada pelo outro ao qual se compara.

Logo, pela trajetória realizada, foi possível desenvolver o instituto e formular algumas premissas que poderiam ter validade em ambas as ordens jurídicas. Assim, não se justifica que em Portugal se insista em uma dualidade de regimes substantivos para regular a responsabilidade civil da Administração Pública, realidade já ultrapassada pela sistemática brasileira.

De outro lado, é importante que a doutrina brasileira consolide as convicções de que a omissão administrativa pode possuir relevância para além do contexto delitual, abrangendo, assim, as fronteiras da responsabilização neste âmbito.

No que se refere à responsabilidade por ação, a perquirição da prática delitual pode ser relevante para a configuração da responsabilidade do próprio Estado. Isso se dá pela necessidade de se subdividir as hipóteses de responsabilidade objetiva de forma que se relacionem com seu fundamento mais íntimo, tendo,

assim, total procedência a dicotomia estabelecida pela lei portuguesa – responsabilidade pelo risco e por fato lícito.

Assim, na construção doutrinária brasileira, enquanto as fronteiras da responsabilidade por omissão são muito apertadas – pelo menos até não ser superada a idéia de vinculação entre omissão e ilicitude – os limites da responsabilidade por ação positiva são muito amplas, pois organiza-se em torno destes três requisitos gerais – conduta, dano e nexo causal – o que a ordem jurídica portuguesa não concorda, pois estabelece o requisito da atividade perigosa (risco), tornando, com efeito, mais restritos os limites da responsabilização neste âmbito, o que é equilibrado pela relevância da prática delitual para caracterização da responsabilidade da própria Administração, uma vez que, sendo exigido este requisito para o risco, pode haver casos de responsabilidade por conduta positiva em que a Administração somente será responsabilizada a título de culpa.

Ainda, em perfeita sintonia constitucional o requisito da anormalidade e especialidade dos danos, o que deve ser observado nas hipóteses de responsabilidade por fato lícito.

De tudo, temos que, por intermédio da comparação realizada, pode-se visualizar possibilidades de aperfeiçoamento de ambos os sistemas em face das soluções encontradas pelo outro. Neste sentido, destacamos ao longo do trabalho alguns pontos relevantes, em relação aos quais a abordagem comparada mostrou-se útil para instrumentalizar uma melhor compreensão e aprimoramento das matérias tratadas.

Referências bibliográficas:

ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*. Estoril: Príncipe Editora, 2007.

AMARAL, Diogo Freitas. *Direito Administrativo – Volume III*. Lisboa: 1985.

- BARNES, Javier. El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar. *Cuadernos de Derecho Publico*, n. 5, septiembre-diciembre, 1998, págs. 15-49. Madri: Instituto Nacional de Administración Pública, 1998.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madri: Editorial Trotta, 2000.
- CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas - anotado*. Coimbra: Coimbra editora, 2008.
- CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, 3.^a edição.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada, volume I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 4.^a edição.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 2003, 7.^a edição.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Edições Almedina, 1974.
- CORREIA, Maria Lúcia da Conceição Abrantes Amaral Pinto. *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- CORTEZ, Margarida. A responsabilidade civil da Administração por omissões. *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 40 – julho/agosto, págs. 32-38. Braga: CEJUR, 2003.
- FILHO, José dos Santos Carvalho. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumem Juris editora, 2007.
- GARCIA, António Dias. Da responsabilidade civil objectiva do Estado e demais entidades públicas. *Responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública – Coordenação de Fausto de Quadros*. Coimbra: Edições Almedina, 2004, 2.^a edição.
- MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán: Tomo IV, parte especial – las obligaciones especiales*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982, 2.^a edición.
- MEDEIROS, Rui. *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*. Coimbra: Edições Almedina, 1992.

- MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 1990, 20ª edição.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, 15ª edição.
- MESQUITA, Maria José Rangel de. Da responsabilidade civil extracontratual da Administração no ordenamento jurídico-constitucional vigente. *Responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública – Coordenação de Fausto de Quadros*. Coimbra: Edições Almedina, 2004, 2ª edição.
- MESQUITA, Maria José Rangel de Mesquita. *O regime civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas e o direito da União Européia*. Coimbra: Edições Almedina, 2009.
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra editora, 2008, 4ª edição.
- MONCADA, Luís Cabral de. *Responsabilidade civil extra-contratual do Estado. A lei n.º 67/2007 de 31 de dezembro*. Lisboa: Abreu & Marques, Vinhas e Associados – Sociedade de Advogados, RL, 2008, pág. 20.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito*. Coimbra: Edições Almedina, SA, 2006.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra editora, 2004.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2004, 17ª edição.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, 6ª edição.
- SILVA, Vasco Pereira de. “Era uma vez...” o contencioso da responsabilidade civil pública. *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 40 – julho/agosto 2003, págs. 60-69. Braga: CEJUR, 2003.
- SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise. Ensaio sobre as acções no novo processo administrativo*. Coimbra: Edições Almedina, 2005.

SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise. Ensaio sobre as acções no novo processo administrativo*. Coimbra: Edições Almedina, 2009, 2^a. Edição.

SILVA, Vasco Pereira da. *Verdes são também os Direitos do Homem; Responsabilidade civil em matéria de ambiente*. Caiscais: Princípia Editora, 2000, 2^a. Edição.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral – Tomo III. Responsabilidade Civil Administrativa*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2008.

[voltar ao índice ▲](#)

[início do texto ▲](#)

O INSTITUTO JURÍDICO DA BOA ADMINISTRAÇÃO

Fabiana Carvalho Rocha

“We may safely pronounce that the true test of good government is its aptitude and tendency to produce good administration”.

*Alexander Hamilton*¹

INTRODUÇÃO

O dia 28 de fevereiro de 2002 foi um marco no que diz respeito aos direitos fundamentais para a comunidade europeia, pois foi nesta data que a Convenção sobre o futuro da União Europeia teve sua sessão inaugural.

A aproximação entre cidadãos e instituições europeias era um dos principais objetivos da Convenção, que deveria ser alcançado através da implementação de instituições mais democráticas, transparentes e eficientes. Dentre as várias questões apresentadas na Convenção estavam: “Como podem ser a autoridade e a eficiência da União Europeia melhoradas?”, ou “Como podemos melhorar a eficiência do processo decisório e o funcionamento das instituições administrativas de uma União com vários Estados-membros?”.

Pode-se dizer de forma clara que, para que sejam alcançadas tais metas, a União necessita de uma boa administração. Contudo, a questão principal reside em saber em que se constitui uma “boa administração” e como é possível alcançá-la.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia é uma das recentes iniciativas que busca trazer uma resposta a estas perguntas. Especificamente, no que diz respeito à criação de um direito horizontal (no sentido de possibilitar a

¹ Mensagem proferida em seu discurso para a Convenção Constitucional de 18 de junho de 1787. Somente a título de elucidação, Alexander Hamilton (11 de janeiro de 1755 ou 1757, nascido em Nevis, Antilhas — 12 de julho de 1804, Nova Iorque) foi o primeiro Secretário do Tesouro dos Estados Unidos da América, nomeado por George Washington em 1789. Estabeleceu o *First Bank of the United States* e teve influência no desenvolvimento das bases do capitalismo americano.

uniformização da aplicabilidade desse direito) à boa administração, que aparece como uma tentativa de melhorar os procedimentos administrativos da União Europeia, foi formulado o artigo 41 da referida Carta.

O presente trabalho versa, portanto, sobre o “direito da boa administração” previsto no artigo 41 da Carta dos Direitos Fundamentais. Para tanto, inicialmente, será tratada a relevância jurídica atual da Carta, no que diz respeito ao seu caráter vinculativo.

Em seguida, serão tecidas considerações acerca do alcance da expressão “boa administração”, tão em voga nos dias atuais. Posteriormente, serão tratados os elementos de tal instituto jurídico. Neste sentido, serão analisados os direitos contidos no artigo 41 da Carta, bem como as obrigações deles decorrentes.

Outro ponto relevante e que merecerá um enfoque bastante detalhado será a qualificação da boa administração, momento em que serão trazidas as diversas possibilidades de enquadramento de tal figura: será esta um princípio, um dever jurídico ou um direito subjetivo.

Outrossim, o conceito tradicional da boa administração, em Portugal, será analisado em grau comparativo com o conceito a nível comunitário.

Por fim e ante a dificuldade que existe em precisar o que seria a boa administração, se a mesma respeitaria um conteúdo estritamente jurídico ou se abordaria um conteúdo mais amplo, abrangendo questões extrajurídicas, mereceu um capítulo próprio o tema da busca por uma nova definição.

CAPÍTULO 1 – A CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA ² E A QUESTÃO DO SEU CARÁTER VINCULATIVO

Neste ponto, será deixada um pouco de lado a análise particularizada do direito à boa administração consagrado na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (doravante Carta) para ser elucidada uma importante problemática que gira em torno da questão de saber qual a relevância jurídica atual da Carta. Impõe-se elucidar, antes de tudo, se a Carta deve ser assumida como um texto jurídico (de carácter vinculante) ou como uma mera declaração de natureza política. Tal discussão mostra-se pertinente, pois o direito à boa administração está contido no texto da Carta e uma vez apresentado o carácter vinculante desta, consequentemente, terá o direito em referência igual vínculo. Destaca-se, ainda, a relevância deste desenvolvimento, face a repercussão da Carta no que tange às diretrizes a serem adotadas pelos Estados-membros da União Europeia.

Em 8 de dezembro de 2000, o Parlamento, a Comissão e o Conselho Europeus adotavam, solenemente, em Nice, devido a necessidade de garantir toda a gama dos direitos civis, políticos, sociais e económicos, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia ³.

Uma Carta dos Direitos Humanos Fundamentais daria, pela primeira vez, a todos os que vivem na União Europeia, um quadro comum de direitos aplicáveis e com uma base de sustentabilidade alargada ⁴.

Durante a elaboração da Carta, uma das questões que ficou pendente foi a que diz respeito à sua natureza: deveria esta ser uma simples Proclamação ou um conjunto

² Sobre os interessantes pontos a serem abordados sobre a Carta pela doutrina, muito bem escreve DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia e Direitos Fundamentais – No Espaço da Internormatividade*. Lisboa: AAFDL, 2006, p. 127, “a Carta constitui um objecto estimulante – e até agora inesgotável – para a doutrina. A originalidade do seu nascimento, o ecletismo do seu conteúdo, o seu incerto significado jurídico, as dúvidas profundas sobre a sua relação futura com os concorrentes instrumentos, nacionais e internacionais, de protecção dos direitos fundamentais – são algumas das razões que contribuem para alimentar uma produção doutrinária caudalosa”.

³ V. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Disponível em http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf.

⁴ Proposição feita pelo Contributo da Plataforma das ONG europeias do sector social e da Confederação Europeia dos Sindicatos (ETUC). Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/civil/pdf/con75_pt.pdf. Acesso em 23/03/2009.

de direitos legalmente vinculativos, que pudessem ser considerados como uma proteção e progresso dos direitos do homem na União Europeia.

Por haver divergência quanto às opiniões formadas pelos dirigentes da União Europeia no que concerne ao estatuto da Carta, a decisão acerca de tal tema foi deixada para ser tratada em momento posterior.

Os direitos fundamentais existentes ganharam uma maior relevância com o surgimento da Carta, vez que, de acordo com o seu preâmbulo, esta não objetivava trazer direitos novos e sim, conferir maior visibilidade aos direitos já abordados anteriormente. Para além disso, um outro propósito era suprir as insuficiências do sistema comunitário de proteção jurisprudencial de direitos fundamentais, reforçando a certeza e a segurança jurídicas quanto à existência e ao conteúdo dos direitos fundamentais ⁵.

Portanto, há de se destacar alguns dos objetivos que a Carta traz nomeadamente: (i) o reforço da segurança jurídica, devido à garantia da previsibilidade das decisões; (ii) o reforço da certeza jurídica, por não se mostrar de todo eficaz e satisfatória a integração dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico comunitário meramente por via jurisprudencial ⁶; (iii) a abertura do processo comunitário ao cidadão europeu, no reforço da legitimidade do poder europeu através dos direitos fundamentais e na atribuição de maior visibilidade à cultura política europeia, bem como; (iv) ultrapassar as barreiras que alguns tribunais constitucionais vêm estabelecendo no que concerne à aceitação do primado do Direito da União sobre as Constituições dos Estados-membros ⁷.

Por seu turno, os membros da Convenção, com o objetivo de evitar as questões relacionadas à incorporação da Carta aos Tratados e à sua vinculatividade, propuseram que a Carta viesse a se tornar vinculativa e obrigatória (*as if*), por via de interpretação jurisprudencial que tratasse sobre a mesma, como conjunto de

⁵ Proposição feita por MEDEIROS, Rui. *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Estado Português*. In: Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976 – Evolução Constitucional e Perspectivas Futuras. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001, p. 237.

⁶ *Idem. Ibidem*, p. 238 e 239. Contudo, explica o autor que “dada a vaguidade com o que está formulado o articulado na Carta, e na falta de legislação concretizadora, continuará a caber aos tribunais comunitários, na linha de uma marcada opção pretoriana, densificar os direitos fundamentais e os seus limites”.

⁷ MEDEIROS, Rui. *Op. Cit.*, p. 239.

princípios gerais de direito. A esta abordagem foi dado o nome de “*as if doctrine*”. Reforça esse posicionamento a existência das Disposições Gerais, que ao certo não fariam parte da Carta caso esta tivesse sido realizada com o objetivo singular de constituir uma declaração política ⁸.

Cumprе ressaltar que do fato de não ter sido conferida vinculatividade jurídica à Carta ⁹, isto não gera a sua neutralidade jurídica. Um dos motivos para se chegar a essa conclusão é que, conforme dito anteriormente, é a Carta considerada uma consolidação, uma prova autorizada do direito vigente. À medida que os Estados-membros proclamam a Carta e depois não seguem os seus ditames, estariam agindo de forma incoerente.

Dessa maneira, seria possível e, ainda, legítimo esperar que a Carta se tornasse vinculativa através da jurisprudência do Tribunal de Justiça¹⁰, interpretando-a como pertencendo aos princípios gerais de direito comunitário e da União Europeia. Enquanto acordo interinstitucional, o seu valor jurídico é incerto; mas a admissão da relevância jurídica destes acordos pertencentes ao denominado *soft law* (espécie de normatividade complementar e integradora) caberá à própria jurisprudência comunitária¹¹.

⁸ Sobre o assunto, cfr. LEÃO, Amabela Costa. *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia – Protegendo os Direitos a um Nível Multidimensional*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Coimbra: Coimbra Editora, Ano 3, 2006, p. 58 e 59, e MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia e os Meios de Tutela Judicial*. In: Separata de Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2005, p. 609 e 610.

⁹ Defendendo que a Carta não constitui um texto juridicamente vinculativo, configurando-se apenas como uma declaração política solene, cfr. MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia e os Meios de Tutela Judicial*. In: Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2005, p. 609 e ss.

¹⁰ No mesmo sentido, cfr. MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia e os Meios de Tutela Judicial*. In: Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2005.

¹¹ Para uma maior elucidação do tema, cumpre transcrever a opinião formulada pelo Advogado-Geral Léger, no Caso Hautala: “É certo que não podemos ignorar a vontade claramente expressa dos autores da Carta de não dotar de força jurídica vinculativa. Mas, posta de parte qualquer consideração relativa à sua força jurídica, a natureza dos direitos enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais impede que a consideremos como uma simples enumeração sem consequência de princípios puramente morais. Há que recordar que estes valores têm em comum o fato de serem unanimemente reconhecidos pelos Estados-membros, que optaram por lhes conferir maior visibilidade, consagrando-os uma Carta, a fim de reforçar sua proteção. A Carta colocou incontestavelmente os direitos que são o seu objeto ao mais alto nível dos valores comuns aos Estados-membros. (...) Como a solenidade da sua forma e o procedimento que conduziu à sua

Ao abordarmos a temática sobre a aplicabilidade da Carta da União Europeia, deve-se ter em mente a existência de uma ordem jurídica plural e não unitária. A partir desta surge o princípio do primado ¹², que se trata de uma construção jurisprudencial juridicamente aceita. É o primado uma resposta à questão que se coloca ao juiz nacional. Em havendo confronto entre uma norma nacional e uma norma comunitária, impõe o princípio do primado que o juiz nacional dê prevalência à segunda, considerando a primeira inaplicável ao caso concreto ¹³. Quando tais normas se mostram contraditórias, há uma norma que prevalece. Todavia, quando não são contraditórias, as normas se comungam, que é o que ocorre com a *soft law*.

Pertence a Carta à referida categoria da *soft law*, pois é um regulamento de fontes que, conforme já citado, comungam-se. Trata-se de um mecanismo europeu que se conjuga com o sistema nacional português. Em outras palavras, a Carta formalmente é *soft law*, materialmente não (tem força material, mas não formal). Há que se falar num divórcio entre a realidade formal e a realidade material, pois estamos diante de uma realidade plural.

A União Europeia adere a tratados, pois é uma conjugação de Estados. A Carta já é direito material constitucionalizado. Todavia, existe a necessidade de formalizar sua validade, o que se espera ocorrer em um futuro próximo.

Devido à existência do artigo 53.^o da Carta ¹⁴, que, estando em causa direitos

adoção deixam supor, a Carta deveria constituir um instrumento privilegiado para a identificação dos direitos fundamentais. É portadora de indícios que contribuem para revelar a verdadeira natureza das normas comunitárias de direito positivo.” Caso C-353/99 P, Hautala c. Council, (10/07/2001). Disponível em: www.curia.eu.int. Acesso em 21.01.2009.

¹² Pressupõe o princípio do primado que o direito comunitário se encontra num patamar superior ao direito constitucional interno. Trata-se do primado do direito comunitário sobre o direito nacional. Questionar tal primazia seria ameaçar a própria sobrevivência da União Europeia. Cfr. MARTINS, Patricia Fragoso. *O Princípio do Primado do Direito Comunitário sobre as Normas Constitucionais dos Estados-membros – Dos Tratados ao Projecto de Constituição Europeia*. Lisboa: Principia, 2005, p. 48.

¹³ Sem, contudo, ser a norma nacional afetada na sua validade. Acrescenta Maria Luisa DUARTE que o princípio do primado trata-se de “um critério de ordens jurídicas potencialmente concorrentes no seu âmbito de regulamentação – a ordem jurídica comunitária e a ordem jurídica nacional –, com o mesmo âmbito territorial e subjectivo de aplicação, e por isso, potencialmente aplicáveis à mesma relação jurídica”. Cfr. *O Tratado da União Europeia e a Garantia da Constituição: Notas de uma Reflexão Crítica*. In: Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes, Lisboa: Lex, 1995, p. 669.

¹⁴ “**Artigo 53.^o Nível de Protecção**

Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de

fundamentais, pode legitimar um Estado a aplicar o direito nacional, em detrimento da aplicação do direito comunitário, o que acarretaria a prevalência do direito nacional. Nesses casos, surgem vozes no sentido de que a Carta fragilizaria o princípio do primado. Para evitar tal assertiva, criou a doutrina o princípio do “primado diferenciado”, que não traduz uma hierarquia tipicamente federal, com conseqüências ao nível de validade, porém somente uma maneira de solução de conflitos de aplicação de normas e, em vista disso, segundo o princípio do respeito das identidades nacionais a que a União Europeia está submetida (artigo 6º da TUE¹⁵)¹⁶. Este posicionamento é reforçado por um argumento histórico, qual seja, a proteção dos direitos fundamentais no âmbito comunitário é criada com o propósito de refrear os resistentes nacionais em relação ao princípio do primado. Necessário ressaltar, no que concerne ao estatuto jurídico da atual Carta, que algumas questões foram levantadas quando relacionadas ao ordenamento jurídico-constitucional português¹⁷, designadamente à cláusula aberta do artigo 16º da CRP¹⁸. Entende-se que a Carta ganha importância e relevância jurídica, por conta da

aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as convenções internacionais em que são partes a União, a Comunidade ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção Europeia para a proteção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros.”

¹⁵ “**Artigo 6.º**

1. A União respeitará a identidade nacional dos Estados-membros, cujos sistemas de governo se fundam nos princípios democráticos.

2. A União respeitará os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário.

3. A União dotar-se-á dos meios necessários para atingir os seus objectivos e realizar com êxito as suas políticas.”

¹⁶ Cfr. ANDRADE, Vieira. *A Carta Europeia dos Direitos Fundamentais e as Constituições Nacionais*. In: *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 83.

¹⁷ Ao ser realizada uma comparação entre a Parte I da Constituição Portuguesa com os primeiros 50 artigos da Carta, pode-se concluir que a Carta se parece em muito com o que vem previsto na CRP. Contudo, conforme bem observa Jorge MIRANDA, devido ao fato do constituinte português ter consagrado e previsto os direitos fundamentais de uma forma mais detalhada e melhor, representa a Carta, em relação à CRP, um “empobrecimento quer de muitos direitos, liberdades e garantias, quer da maior parte dos direitos económicos, sociais e culturais”. Cfr. *Sobre a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Parecer Breve*. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. XLI, n. 1, Coimbra Editora, 2000, p. 3

¹⁸ “**Artigo 16.º Âmbito e sentido dos direitos fundamentais**

1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.

2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.”

mencionada cláusula constante do artigo 16º, questão que terá interesse em relação aos direitos fundamentais enumerados na Carta e não enumerados na Constituição, e que são escassos.

Numa leitura *formalista*, por não ser a Carta vinculativa e enquanto não o for, não faz parte do ordenamento jurídico interno. O que significa dizer que os preceitos nela previstos não podem considerar-se regras aplicáveis de direito internacional, conforme o artigo 8º da Constituição ¹⁹, para os efeitos do número 1 do artigo 16º da CRP ²⁰.

Já numa leitura *substancialista*, atentando-se para o fato de que os direitos contidos na Carta são direitos fundamentais em sentido material, frutos da jurisprudência ou de fonte convencional (tendo em vista que é a Convenção Europeia dos Direitos do Homem a principal fonte da Carta), podem estes ser considerados vinculativos. Como consequência, tais direitos gozam de proteção similar à dos demais direitos fundamentais materiais (não enumerados ou extra-constitucionais). Contudo, tal solução somente permite “a articulação entre a Carta e Constituição, (...) conferindo aos direitos da Carta uma proteção constitucional, e não uma vinculatividade e proteção autônomas”²¹.

Verifica-se, pois, que, atualmente, constitui a Carta um acordo interinstitucional solenemente proclamado pelo Parlamento Europeu, seu Conselho e sua Comissão, carente em todo caso de efeitos vinculantes *ad extra* (por fora). Não obstante

¹⁹ “**Artigo 8.º Direito internacional**

1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português.

2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português.

3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos.

4. As disposições dos tratados que regem a União Européia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.”

²⁰ Proposição feita por MEDEIROS, Rui. *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, a Convenção Européia dos Direitos do Homem e o Estado Português*. In: *Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976 – Evolução Constitucional e Perspectivas Futuras*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001, p. 242.

²¹ Cfr. LEÃO, Amabela Costa. *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia – Protegendo os Direitos a um Nível Multidimensional*. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Coimbra: Coimbra Editora, Ano 3, 2006, p. 66 e 67.

tenham os Estados-membros expressamente deliberado no sentido de não atribuir força vinculativa à Carta, esta, independentemente da sua natureza, tem assumido uma concreta relevância jurídica e vem sendo observada pelo Tribunal de Justiça, bem como pelos diversos Estados-membros.

CAPÍTULO 2 – BOA ADMINISTRAÇÃO: O SENTIDO JURÍDICO DA EXPRESSÃO

2.1. Historial

Realizada uma primeira abordagem acerca da relevância jurídica atual da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, é necessário que se façam, neste ponto, considerações preliminares sobre o histórico da expressão “boa administração”, com o objetivo de se obter uma melhor compreensão do tema em análise.

No âmbito do direito administrativo, a noção jurídica de boa administração ou gestão pública ²² surge, de forma teórica, a partir das lições do jurista francês Maurice Hauriou, especialmente conhecido por ter sido o precursor em anunciar o princípio da moralidade administrativa. Hauriou descreve tal princípio numa perspectiva que se baseia funcionalmente no ideário de boa administração pública, independentemente do que resultasse ostensivamente dito e prescrito pelo direito legislado.

Ao discorrer sobre a jurisprudência do Conselho de Estado francês, no início do século XX, este autor ²³ relatou que existia uma moralidade administrativa à qual o administrador ficava vinculado a regras de conduta pertencentes à disciplina interna da Administração Pública. Tal fato traduzia-se em uma obediência necessária a pautas de boa administração, ultrapassando as

²² CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1997. v. 1. *apud* OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 42.

²³ HAURIOU, Maurice. *Précis Elementaire de droit administratif*. 4^a ed. Recueil Sirey, 1938, p. 232 e ss.

previsões expressas e minuciosidades presentes nas regras legais. Desta forma, pode-se dizer que, a partir desse ponto de vista, a expressão ‘boa administração’ contém em si um leque de condutas que são eticamente exigíveis dos administradores públicos, mesmo que não previstas expressamente no ordenamento jurídico passivo ²⁴.

Conforme bem explica Fábio Medina Osório ²⁵, “ser bom administrador não equivaleria em suas origens, apenas ao mero cumprimento da lei, da mesma forma como o mau administrador poderia descumprir preceitos ligados à ética institucional, à moral administrativa”. Configurou-se tal entendimento como uma forma de manifestação contra o pensamento positivista estrito que prevalecia no momento histórico em referência.

A elaboração do conceito, em tempos recentes, tem sido, principalmente, contributo da doutrina italiana. Isto ocorre porque dentre os países europeus, a doutrina italiana é a que mais tem despendido tempo e se dedicado ao tema. Sem contar que a Constituição da República Italiana de 22 de dezembro de 1947 faz referência expressa ao aludido conceito no seu artigo 97º, referindo-se aos parâmetros conformadores da conduta da Administração Pública, conforme se depreende da transcrição do referido artigo: “Os serviços públicos são organizados segundo as disposições da lei, de modo que sejam assegurados o bom andamento e a imparcialidade da administração”.

Indícios da exigência de uma espécie de boa Administração Pública podem, ainda, ser encontrados nas remotas culturas ocidentais. Todavia, apenas na pós-modernidade essa exigência ético-normativa passa a ser consolidada, devido à mudança da administração burocrática ao modelo gerencial, contexto no qual são aumentados “os níveis de responsabilidade pessoal dos agentes públicos, suas liberdades, espaços discricionários e balizamentos éticos ligados a vetores de eficiência e boa administração” ²⁶.

Felizes os dizeres do Parlamento Europeu ao anunciar que no princípio da boa

²⁴ Proposição feita por OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 42 e 43.

²⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 42 e ss.

²⁶ *Idem. Ibidem*, p. 43.

administração está contido um conjunto de deveres de boa conduta, deveres estes integrantes do sistema e não necessariamente explícitos. Em conformidade com esta constatação, fica claro que, nos dias atuais, há a existência de um princípio essencial de boa administração pública nas Constituições democráticas. A confiança que deve existir entre administradores e administrados mostra-se como uma exigência da boa administração, podendo e devendo ser encontrada no coração das democracias contemporâneas. Tal situação concretiza-se, por exemplo, no fato dos administradores terem que “prestar contas” aos administrados ²⁶.

Com o passar dos tempos, a teoria política do Estado sofreu diversas mudanças, as quais acarretaram a juridicização do dever de boa administração pública. Passa, então, esse dever a caracterizar novos paradigmas teóricos de justificação, que visam, dentre outros objetivos, a busca e a implementação de resultados. Destacam-se novos comportamentos e atitudes voltadas para a realização da boa administração, que encontram guarida nos operadores jurídicos, o que força a inclusão de pautas de boa administração.

Observa-se, ainda, que, com o propósito de honrar o dever de manter em sintonia administrados e administradores e de atender às exigências do liame de confiança entre governados e governantes, o respeito dos direitos fundamentais da pessoa humana e satisfação das demandas de cidadania aparece como um dos pressupostos da boa administração.

Por seu turno, as teorias econômicas influenciaram enormemente o direito e a teoria política, tendo caráter relevante, no que diz respeito à parametrização de justificativas de existência, regulamentação e legitimação do Estado. Nos dias de hoje, como consequência dessa nova fase/era, os administradores públicos são cada vez mais exigidos em relação aos seus atos – precisam apresentar resultados concretos e reais que obedeçam a pautas de bom comportamento administrativo.

O dever da boa administração veio aparecendo no panorama jurídico de forma lenta, mas continuada, até se consagrar definitivamente mediante a sua

²⁶ Nas palavras de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 2000, v. 1. p. 108 e 109, “como cualquier otro administrador de lo ajeno, los gobernantes deben de rendir cuentas, es evidente. Sería absurdo pretender para esos agentes una dispensa de este deber elemental, que está necesariamente en la base de toda relación fiduciaria”.

incorporação na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

2.2. Observações relevantes

Feitas estas explanações iniciais sobre o histórico da expressão “boa administração”, será, neste ponto, analisada a expressão “boa administração”, a partir, inclusive, do seu aspecto lingüístico, tão em voga nos dias atuais.

Uma primeira dificuldade é logo encontrada quando do emprego de uma expressão como “bom” ou “boa” nos textos jurídicos. Dificuldades como esta surgem do seu próprio significado, oscilante entre um intrínseco subjetivismo e uma evidente indeterminação. Uma marcante relação do subjetivo com o pessoal pode ser facilmente percebida, à medida que gostos e entendimentos são diversos entre os seres humanos, ou seja, são relativos; pois, uma certa definição contundente do que seria bom para um, pode não o ser para outrem. Podem variar de acordo com a perspectiva de um caso concreto, agente ou espectador ²⁷.

A indeterminação continua presente quando o adjetivo em questão é utilizado em outros planos, como o da moral e o do direito. Expressões como “bom governo” ou “boa administração” foram inseridas com êxito em documentos especializados, no caso em tela, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Todavia, elas chegam como novidades, o que acarreta o uso pelos estudiosos do direito de expressões de referência, que, contudo, possuem significação pouco precisa, necessitando ter o seu sentido explicitado para adquirir consistência prática. Se, ademais, é anunciado o propósito de introduzi-las na linguagem dos direitos dos cidadãos, que configura, por sua parte, uma verdadeira “linguagem técnica de ordenação da sociedade política”, o esforço deve ser aumentado. E isto porque o conceito de direito subjetivo, a contrário do que possa parecer, leva em seu ventre

²⁷ Muito bem exemplifica esta situação HERZOG, Enrique Múgica. *A boa administração como direito de cidadania*. In: VII Congresso anual da Federação Ibero-Americana de Ombudsman: Ombudsman - Novas competências - Novas funções. Lisboa: Provedor de Justiça, 2004, p. 111 e 112, ao dizer: “*por poner un solo ejemplo indiscutible, piénsese en una de las frases más frecuentemente utilizadas dentro de las relaciones sociales; la frase “hace buen tiempo”, tan socorrida para romper el hielo en la conversación tiene un sentido muy distinto para un labrador y para quien presta sus servicios, pongamos por caso, en la Oficina Del Defensor del Pueblo. Y aun es diverso el sentir del labrador según dedique su esfuerzo a cosechar cereales u hortalizas, o según se sitúen sus tierras en una zona agrícola seca o húmeda*”.

uma revolução completa do Direito, um novo modo de conceber, explicar e operar o sistema jurídico, em seu conjunto e em toda e cada uma de suas partes. Não se trata, pois, de uma simples remodelação semântica ou sintática das palavras, mas da expressão de um novo modelo de convivência humana.

Para Enrique Múgica Herzog ²⁸, a questão a ser aqui trazida “se relaciona estreitamente com esse movimento de criação e depuração da linguagem jurídica. Trata-se de uma relação com vertentes muito diferentes, que (...) poderia ser reduzida a duas: em primeiro lugar, questiona-se a possibilidade, dadas as circunstâncias atuais, de se identificar um novo direito de cidadania, denominado direito à boa administração; e, em segundo lugar, apontar a existência de suportes positivos que oferecem alguns ordenamentos, (...), que é o início desse direito, para fazer viável e efetivo esse direito à boa administração”.

Ambas as dúvidas suscitadas acima possuem relevante importância e serão tratadas no decorrer do texto. A partir delas, será abordado logo em seguida o conteúdo da boa administração previsto na Carta, bem como, em capítulo posterior, as possíveis qualificações da boa administração num plano jurídico, no tocante a sua eventual caracterização como sendo direito subjetivo, princípio ou dever jurídico.

CAPÍTULO 3 – DOS ELEMENTOS DA BOA ADMINISTRAÇÃO

3.1. Conteúdo concreto da boa administração

Este capítulo que agora se inicia tem o intuito de precisar o conteúdo do direito de boa administração previsto no artigo 41 da Carta ²⁹. Destaca-se, inclusive, a existência de dois entendimentos distintos acerca desta temática.

²⁸ HERZOG, Enrique Múgica. *A boa administração como direito de cidadania*. In: *VII Congresso anual da Federação Ibero-Americana de Ombudsman: Ombudsman - Novas competências - Novas funções*. Lisboa: Provedor de Justiça, 2004, p. 111 e ss.

²⁹ SOLÉ, Juli Ponce. *Deber de Buena Administración y Derecho al Procedimiento Administrativo Debido – Las Bases Constitucionales del Procedimiento Administrativo Debido y del Ejercicio de la Discrecionalidad*, Valladolid: Lex Nova, 2001, p. 213.

Um primeiro posicionamento entende tal direito em termos minimalistas, ou seja, compreenderia o que diz o artigo 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Estabelece a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia:

“Artigo 41º.

Direito a uma boa administração

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.
2. Este direito compreende, nomeadamente:
 - o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente,
 - o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial,
 - a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.
3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, 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 oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.”

Ocorre que, conforme muito se tem debatido pela doutrina e juristas portugueses, entende-se que o artigo 41 da Carta acabou por não trazer uma total inovação para o ordenamento jurídico português, pois a Constituição Portuguesa já conferia aos cidadãos lusos muitos dos direitos trazidos pela Carta, razão pela qual, mostra-se necessário elaborar uma análise comparativa entre os direitos previstos na aludida Carta e o previsto na legislação portuguesa.

O referido artigo da Carta foi alvo de muitas críticas, por consagrar um direito à boa administração. Muitas delas recaem sobre a denominação adotada que, acabou

por ser utilizada, devido à vasta gama de doutrinas jurídicas existentes no continente europeu. Sob a ótica da ordem jurídica portuguesa, aos particulares não é conferido um direito à boa administração, nomeadamente, pelo que prevê a Constituição e doutrina portuguesas clássicas. Todavia, aceitam tudo o que está contemplado no artigo 41.º da Carta.

3.1.1. Direito a uma Administração imparcial e equitativa

O número 1 do artigo 41.º da Carta afirma o dever geral da Administração ser imparcial e justa. Klara Kanska³⁰ entende ser essa previsão uma “*umbrella provision*”, por ser capaz de compreender outros direitos. Na opinião desta autora, isto ocorre porque a noção de justiça é aberta, não é somente relacionada ao procedimento, mas também ao conteúdo de uma decisão. Para além disto, é conexa ao princípio da boa-fé, devidamente reconhecido pelos tribunais.

A lógica do “guarda-chuva” utilizada por Klara Kanska deve ser observada com cuidado, pois o direito “guarda-chuva” foi inicialmente desenvolvido na Alemanha para o direito geral de personalidade, de onde foram sendo reconhecidos outros direitos implícitos. Não pode essa lógica ser transposta automaticamente da mesma forma como é utilizada para o direito da personalidade e para a dignidade da pessoa humana, para o dever de boa administração. A lógica do “guarda-chuva” pode funcionar, porém com mais cautela e de forma diferenciada (necessidade de ponderar tal lógica de uma forma dogmaticamente distinta). Não devem ser criadas obrigações diretas.

No sistema jurídico português, a Constituição da República Portuguesa estabelece os princípios da imparcialidade e da igualdade, a que se refere o artigo 41.º, 1 da Carta.

O artigo 266.º, 2 da Constituição Portuguesa prevê expressamente o princípio da igualdade:

³⁰ KANSKA, Klara. *Towards Administrative Human Rights in the EU. Impact of the Charter of Fundamental Rights*. European Law Journal. Blackwell Publishing, Vol. 10, n. 3, 2004, p. 312 e 313.

“Artigo 266º.

(Princípios)

2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.”

Nessa mesma linha de pensamento, o Código de Procedimento Administrativo Português estabelece os princípios da igualdade e da imparcialidade.

“Artigo 5º.

(Princípio da igualdade ...)

1. Nas suas relações com os particulares, a Administração Pública deve reger-se pelo princípio da igualdade, não podendo privilegiar, beneficiar, prejudicar, privar de qualquer direito ou isentar de qualquer dever nenhum administrado em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social.”

“Artigo 6º.

(Princípios da justiça e da imparcialidade)

No exercício da sua actividade, a Administração Pública deve tratar de forma justa e imparcial todos os que com ela entrem em relação.”

Deve a Administração Pública actuar baseada no princípio da igualdade, que proclama um tratamento igualitário a todos os particulares nas relações administrativas, não podendo haver qualquer tipo de privilégio. Logo, o ideal é que seja compreendido sob uma ótica substancial e não apenas formal: situações iguais tratadas de forma igual e dispensa de tratamento diferenciado em situações diferentes ³¹. Este princípio constitui vinculação autónoma da Administração Pública, que a obriga no exercício de poderes discricionários. O seu desrespeito

³¹ AMARAL, Diogo Freitas do. CAUPERS, João. CLARO, João Martins. GARCIA, Maria da Glória Dias. SILVA, Vasco Pereira da. VIEIRA, Pedro Siza. *Código de Procedimento Administrativo Anotado – Com Legislação Complementar*. Coimbra: Almedina, 4ª edição, 2003, p. 42.

determina a ilegalidade das atuações administrativas, maculando os atos administrativos correspondentes do vício de violação de lei.

O vínculo existente entre a Administração Pública e o princípio da igualdade pode ser percebido, por exemplo, quando se exige da Administração Pública uma igualdade de benefícios ou prestações por ela concedidas (administração de prestações); ou quando se faz necessária a aplicação de critérios iguais para a solução de casos iguais, o que caracteriza a vinculação dos seus atos no exercício dos seus poderes discricionários. Cabendo ressaltar que em caso de inobservância, há uma clara violação do princípio da igualdade.

No que diz respeito à imparcialidade, esta garante que os funcionários não se mostrem tendenciosos quando exercem seus poderes discricionários. A exigência da imparcialidade é baseada no princípio *nemo iudex in causa sua* (“ninguém pode ser juiz da sua própria causa”), proveniente do Direito Romano.

O princípio da imparcialidade aborda dois aspectos consideravelmente distintos: (i) atuação de forma isenta da Administração Pública, sem qualquer tipo de favorecimento: “(...) não favoreça amigos, nem prejudique inimigos”³². Desta feita, é considerado um princípio basilar da justiça, pois traduz a idéia de igualdade; e (ii) imposição de uma proibição à Administração Pública de intervenção em procedimentos, atos ou contratos, em que, eventualmente, pessoas próximas possam vir a estar envolvidas. Evita-se, assim, a suspeição, vislumbrando-se uma postura isenta por parte do Poder Público. Em situação oposta ao princípio da igualdade, o princípio da imparcialidade não é considerado como basilar da justiça, pois, ainda que justa, uma decisão proferida por alguém impedido é ilegal; por isso, é caracterizado este princípio como proteção da confiança³³.

Também afirma o número 1 do artigo em análise um direito à duração razoável do processo. Existe um dever por parte da Administração Pública para agir e decidir em tempo razoável.

³² AMARAL, Diogo Freitas do. CAUPERS, João. CLARO, João Martins. GARCIA, Maria da Glória Dias. SILVA, Vasco Pereira da. VIEIRA, Pedro Siza. *Código de Procedimento Administrativo Anotado – Com Legislação Complementar*. Coimbra: Almedina, 4ª edição, 2003, p. 44.

³³ Cfr. *Idem. Ibidem*, p. 45.

Tal dever foi criado em respeito aos cidadãos, visando conceber aos mesmos uma maior celeridade nas decisões e atos administrativos. Ocorre, porém, que a terminologia do que seria um “prazo razoável” não encontra uma definição na Carta, ou seja, trata-se de um conceito indeterminado, até certo ponto de difícil precisão. Todavia, existem certos critérios que os tribunais de justiça seguem.

A Constituição Portuguesa, em seu artigo 52º ³⁴, estabelece o direito dos cidadãos conhecerem em prazo razoável as decisões dos órgãos públicos sobre os pedidos que lhe sejam apresentados. O Código do Procedimento Administrativo, em seu artigo 58º, 1, estabelece o prazo de noventa dias para a conclusão de procedimentos administrativos, o que pode ser considerado um “prazo razoável” para efeitos do artigo 52º, 1 da Constituição Portuguesa e do artigo 41º, 1 da Carta.

3.1.2. Direito à audiência prévia

O princípio *audi alteram partem* (ou *audiatur altera pars* = “ouvir a outra parte”), proveniente do Direito Romano, tem sido incorporado aos procedimentos administrativos dos países europeus. Baseia-se no pressuposto que não podem ser tomadas medidas contra um indivíduo antes dele ter tido uma oportunidade para se expressar. Em outras palavras, trata-se do direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente.

Em Portugal, existe uma determinação constitucional que estatui que da lei do procedimento administrativo deve constar a participação dos interessados na formação das decisões, nas quais sejam estas partes interessadas. Neste sentido, destaca-se o direito à audiência prévia nas decisões em que sejam interessados, conferido pelo Código de Procedimento Administrativo e em conformidade com o previsto no art. 41.º, 2, § 1 da Carta.

³⁴ **“Artigo 52º. Direito de petição e direito de acção popular.**

1. Todos os cidadãos têm o direito de apresentar, individual ou coletivamente, aos órgãos de soberania, aos órgãos de governo próprio das regiões autónomas ou a quaisquer autoridades petições, representações, reclamações, ou queixas para a defesa de seus direitos, da Constituição, das leis, ou do interesse geral e bem assim o direito de serem informados, em prazo razoável, sobre o resultado da respectiva apreciação.” (grifo próprio)

3.1.3. Direito de consulta ao processo que seja interessado

O artigo 268º da Constituição Portuguesa estabelece os direitos e garantias dos administrados, ou seja, os direitos fundamentais do cidadão enquanto administrado: o direito de informação sobre o andamento dos processos em que seja interessado, o direito de acesso aos arquivos e registros administrativos, o direito à notificação dos atos administrativos, o direito à fundamentação dos atos que afetem direitos ou interesses protegidos e, finalmente, o direito de recurso contencioso com fundamento em ilegalidade contra quaisquer atos administrativos, bem como o direito à tutela judicial dos seus direitos e interesses jurídicos em geral.

Desta forma, o referido artigo português abrange o disposto pela Carta.

3.1.4. Obrigação da Administração de fundamentar suas decisões

Na ordem jurídica portuguesa, trata a Constituição do dever de fundamentação em seu artigo 268º, 3. Ademais, o Código de Procedimento Administrativo aborda a questão em seu artigo 124º, da mesma forma como é exigido pelo art. 41.º, 2, § 2 da Carta.

Uma decisão contrária ao interesse legalmente protegido ou a oposição formulada que decida recurso ou que decida de forma diferente casos semelhantes, além daqueles que revoguem, modifiquem ou suspendam atos administrativos anteriores, devem ser fundamentadas.

Tamanha importância possui o dever de fundamentação por parte da Administração Pública, que é considerado uma das mais importantes garantias do cidadão, pois com ele busca-se evitar a adoção de atos discricionários, possibilitando, assim, um maior controle da legalidade.

Em busca de uma definição para a expressão “dever de fundamentação”, cumpre ressaltar os ensinamentos do professor Vieira de Andrade, que entende não ser a fundamentação da atividade administrativa do Estado um direito subjetivo e

autônomo dos cidadãos³⁵.

Daí conclui-se que não pode o particular por livre iniciativa e de forma autónoma requerer a fundamentação de uma decisão, por não se tratar de um direito autónomo.

3.1.5. Direito à reparação dos danos causados pelas instituições ou pelos agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros

A questão da responsabilidade da Administração Pública é também abordada pela Carta, designadamente no artigo 41, 3.

Os eventuais danos causados pelas instituições públicas ou por aplicação de atos lesivos por parte de seus agentes são passíveis de indenização aos cidadãos europeus prejudicados por tais condutas. Esta disposição encontra guarida nos princípios gerais comuns às legislações dos Estados-membros.

3.1.6. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União Europeia numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua

Trata-se de uma inovação trazida pela Carta. O cidadão encontra-se amparado, à medida que pode ter acesso às informações que lhe interessarem na relação com os órgãos oficiais europeus. Esta situação traz uma mais valia para o cidadão. Afinal, acrescenta uma nova situação para Portugal, bem como para o quadro europeu.

³⁵ Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O Dever da Fundamentação Expressa de Actos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 215.

3.1.7. Análise do conteúdo

O entendimento que defende uma abordagem minimalista do direito à boa administração diz respeito ao previsto no artigo 41 da Carta, conforme exposto nos itens anteriores.

A partir do estudo comparativo entre o que é previsto pela Carta e o que dispõe a legislação portuguesa, torna-se viável o reconhecimento de que o Direito Administrativo português aborda e abrange na sua ordem jurídica a maioria dos direitos contidos no artigo 41.º da Carta. Conforme relatado anteriormente, o nível de proteção conferido aos cidadãos por parte da administração pública portuguesa, concernente ao direito à boa administração, é considerado mais elevado do que o trazido pelo artigo 41.º da Carta. Tal fato pode ser constatado por, ao menos, duas razões: (i) o direito dos indivíduos reivindicarem a boa-fé e a proporcionalidade junto à Administração Pública portuguesa quando da realização dos seus procedimentos, direito este não abordado na Carta; e (ii) muito embora a Carta traga direitos aos cidadãos dos Estados-membros, resta claro que o ordenamento jurídico português também confere esses direitos, porém de uma forma muito mais abrangente (a título de exemplo, destaca-se o direito à audiência prévia conferido às medidas individuais e gerais).

O professor Vasco Pereira da Silva bem explica tal situação em uma frase: “encontra-se garantido em Portugal o direito à boa administração ‘em sentido europeu’ ”³⁶.

Existe, ainda, um segundo posicionamento sobre a questão do conteúdo que opta por conceber o direito da boa administração de forma ampla. Ao ocorrer esta interpretação, haverá uma ligação direta com a legalidade, por se tratar de tudo que diz respeito à lei.

Há que se falar, então, no direito à legalidade. Tratado o direito como possuidor de um conteúdo plural, de um lado isso amplia seu raio de ação, mas por outro, pode fazer com que perca força imperativa. Afinal, poderia a boa administração

³⁶ Conforme ensinamentos proferidos em sala de aula pelo professor Vasco Pereira da Silva no curso de mestrado em ciências jurídico-políticas da Universidade de Lisboa, ano letivo 2008/2009.

converter-se em um mero lembrete do dever geral da Administração para que sirva com objetividade e eficácia aos interesses gerais. Falar num direito à legalidade é falar numa realidade objetiva.

3.2. Qualificação da boa administração

A boa administração aparece contida na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no artigo 41.º. Neste dispositivo legal, recebe a denominação de direito, o que enseja diversas críticas acerca da nomenclatura utilizada, porque não são todos os juristas que entendem ser a boa administração um direito.

Do ponto de vista jurídico, não é indiferente o modo como qualificamos a figura. Que se trata de um instrumento jurídico a nível europeu, tal fato é indiscutível. A partir daí, o que é necessário discutir são os possíveis níveis que se podem colocar: é a boa administração princípio, dever jurídico ou direito subjetivo?

3.2.1. Princípio

Na clássica definição dada por Robert Alexy, são os princípios “mandatos de otimização”. Como tal, são normas jurídicas que ordenam que algo se realize numa maior medida possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas. O que significa que podem ser realizados em diferentes graus e que a medida da sua realização depende não somente das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas³⁷.

Analisada por esta ótica, pode a boa administração ser caracterizada como um princípio na sua essência. Pode ser considerada, inclusive, como uma formação neutra.

Desta feita, pode se comprovar que a boa administração para grande parte dos doutrinadores é considerada um princípio pelos seus atributos e consequências. Contudo, existem outros níveis de positivação que devem ser analisados.

³⁷ Cfr. ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1994, p. 75.

3.2.2. Dever jurídico

A boa administração é caracterizada como um dever jurídico ³⁸, pelo fato de trazer uma responsabilidade à Administração Pública. Ou seja, trata-se de um encargo que tem para com os cidadãos. Ela deve (daí literalmente ser um dever) prestar uma boa administração. Tem esse ônus perante a sociedade.

O Estado, embora seja caracterizado como instituição política, cuja atuação produz efeitos externos e internos, não pode deixar de estar a serviço da coletividade. A evolução do Estado demonstra que um dos principais motivos inspiradores de sua existência é, justamente, a necessidade de disciplinar as relações sociais; seja propiciando segurança aos indivíduos, seja preservando a ordem pública, ou mesmo praticando atividades que tragam benefício à sociedade.

Bem explica Rogério Guilherme Ehrhardt Soares ³⁹, que “a compenetração do interesse público na causa do acto administrativo explica com clareza que possa dizer-se que o interesse público funciona como um limite interno da actividade administrativa e em que sentido deve entender-se esta limitação. É essa mesma compenetração que permite qualificar a actividade administrativa como *função*”.

Quando um poder jurídico é conferido a alguém (um particular), pode ele ser exercitado ou não, já que se trata de mera faculdade de agir. Essa é a regra geral. Seu fundamento está na circunstância de que o exercício ou não do poder acarreta reflexos na esfera jurídica do próprio titular.

O mesmo não se passa no âmbito do direito público. Os poderes administrativos são outorgados aos agentes do Poder Público para lhes permitir atuação voltada aos interesses da coletividade. Sendo assim, deles emanam duas ordens de consequências: são eles irrenunciáveis e devem ser, obrigatoriamente, exercidos pelos titulares.

Nesta esteira, as prerrogativas públicas, ao mesmo tempo em que constituem poderes para o administrador público, impõem-lhe o seu exercício e lhe vedam a

³⁸ Neste sentido, cfr. SOLÉ, Juli Ponce. *Deber de Buena Administración y Derecho al Procedimiento Administrativo Debido – Las Bases Constitucionales del Procedimiento Administrativo Debido y del Ejercicio de la Discrecionalidad*. Valladolid: Lex Nova, 2001, p. 160.

³⁹ SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra: Atlântida, 1955, p. 179.

inércia, porque o reflexo desta atinge, em última instância, a coletividade, real destinatária de tais poderes.

Desse modo, conclui Rogério Ehrhardt Soares ⁴⁰ que com o poder está conexo um elemento de deverosidade. Recebe esse aspecto dúplice do poder administrativo a denominação de poder-dever de agir, ou mais precisamente de poder conexo com o dever. Acrescenta Hely Lopes Meirelles⁴¹ que, “se para o particular o poder de agir é uma faculdade, para o administrador público é uma obrigação de atuar, desde que se apresente o ensejo de exercitá-lo em benefício da comunidade”.

Assim, todo poder que se conecta com o exercício dos poderes administrativos está, como estes, determinado pelo fim de alcançar o interesse público. Trata-se de um dever de prosseguir o fim para o qual foi concedido o poder. O administrador deverá adequar os poderes jurídicos, que o legislador lhe concedeu, à satisfação daquele interesse público, que lhe foi atribuído como objeto da sua atuação.

O conteúdo do dever funcional da Administração não se esgota aí, pois ela não fica obrigada somente a atuar, mas a atuar de certa maneira. Isto ocorre porque todo o dever que se lhe impõe está compenetrado da ideia do fim a atingir. O sentido desse dever que se impõe sobre a Administração deixa de ser, assim, o de um dever de administração para se transferir no de um dever de boa administração ⁴².

Quando da realização dos seus atos e procedimentos, seja no âmbito legislativo, executivo e judiciário, a boa administração deve se fazer presente. Por isso, parte da doutrina entende tratar-se de um dever jurídico. Para uma melhor abordagem do tema, será trazido o entendimento de Hans Kelsen, em sua obra “Teoria Pura do Direito” ⁴³.

Analisando o dever jurídico, Kelsen afirma que para que haja efetivamente um dever, precisa este necessariamente estar relacionado à noção de sanção. Nota-se que o dever jurídico e a coerção, no entendimento deste autor, caminhavam lado a lado, pois a coercibilidade era tida como uma das principais características da

⁴⁰ Cfr. SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Op. Cit.*, p. 181.

⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 82 e 83.

⁴² Proposição feita por SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Op. Cit.*, p. 181 e ss.

⁴³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4ª ed. Coleção Stvdvm – Temas filosóficos, jurídicos e sociais. Tradução de MACHADO, João Baptista. Coimbra: Arménio Amado-Editor, Sucessor, 1976, p. 171 e ss.

ciência do Direito na sua geração.

Por se tratar de um conceito cultural e histórico e, face à evolução do Estado e da sociedade, a definição de dever jurídico trazida por Kelsen mostra-se incompleta para o direito contemporâneo. Através das mudanças ocorridas no Estado e na sociedade, novas características surgem e mostram-se relevantes para um conceito atual de dever jurídico, a partir de um novo conceito de Estado de Direito e da ideia de dignidade da pessoa humana.

Ademais, a boa administração é vista como um dever jurídico no sentido de ser preexistente a uma concreta relação jurídico-administrativa.

Diogo Freitas do Amaral ⁴⁴ vai além e diz que se trata de um dever jurídico imperfeito, por não ser passível de sanção jurisdicional. Não é possível ir a tribunal obter a declaração de que determinada solução não era a mais eficiente ou a mais racional do ponto de vista técnico, administrativo ou financeiro, e que, portanto, deve ser anulada. No entendimento deste renomado autor, os tribunais podem apenas se pronunciar sobre a legalidade das decisões administrativas, e não sobre o mérito das decisões. Dessa forma, seria o dever de boa administração um dever imperfeito.

Acrescenta Diogo Freitas do Amaral que, apesar disto, o dever de boa administração existe como dever jurídico ⁴⁵. Pois, na verdade, há vários aspectos em que esse dever assume uma certa expressão jurídica:

“Existem recursos gratuitos, que são garantias dos particulares, os quais podem ter por fundamento vícios de mérito do ato administrativo;

A violação, por qualquer funcionário público, dos chamados deveres de zelo e aplicação constitui infração disciplinar e leva à imposição de sanções disciplinares ao funcionário responsável;

No caso de um órgão ou agente administrativo praticar um fato ilícito e culposos de que resultem prejuízos para terceiros, o grau de diligência e de zelo empregados pelo órgão ou agente contribuem para definir a medida da sua culpa e conseqüentemente, os termos e limites da sua responsabilidade.” ⁴⁶

⁴⁴ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. Almedina, Vol. II, p. 38 e ss.

⁴⁵ *Idem. Ibidem*, p. 38 e ss.

⁴⁶ *Idem. Ibidem*, p. 38 e ss.

Estes três aspectos significam, portanto, que o dever de boa administração tem algumas consequências jurídicas – ainda que não todas aquelas que são normalmente inerentes à violação dos deveres jurídicos perfeitos.

No que concerne à titularidade deste dever, o ideal é que siga a pauta típica dos deveres jurídicos. Tem-se que essa característica é a ausência de um sujeito individualmente delimitado. O titular do dever de boa administração é toda pessoa pública ou privada, física ou jurídica, que exerça a função administrativa. O dever aqui é dirigido, sobretudo, às autoridades públicas. É dever da Administração Pública, é dever do legislador. Enfim, é dever das autoridades públicas em geral.

3.2.3. Direito subjetivo

Após terem sido analisadas as variadas qualificações da boa administração, no presente item, será abordada a (im)possibilidade da mesma vir a ser tratada como um direito subjetivo, ou seja, se é um valor passível de subjetivação (trata-se ou não de um dever da Administração, a que possa corresponder um direito na esfera jurídica de certos e determinados particulares).

Existe uma relação entre direito subjetivo e relação jurídica, pois há um entendimento de que os direitos subjetivos públicos fazem parte da relação jurídica. Daí, pode ser considerado como “condição lógica da existência de relações jurídicas administrativas” ⁴⁷.

Importante se faz narrar a evolução histórica do direito subjetivo público para uma melhor elucidação do tema.

Ottmar Buehler ⁴⁸ foi quem primeiro teorizou o direito subjetivo público, definindo-o como: “qualquer posição jurídica do súdito relativamente ao Estado, que tem por base um negócio jurídico, ou uma disposição jurídica vinculativa emitida para a proteção do interesse individual, por intermédio da qual ele pode se

⁴⁷ Proposição feita por SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 212.

⁴⁸ BUEHLER, Ottmar. *Die Subjektiven Oeffentlichen Rechte und ihr Schutz in der Deutschen Verwaltungsrechtsprechungen*. Kohlhamer, Berlin Stuttgart – Leipzig, p. 224 *apud* SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. *Cit.*, p. 220.

dirigir à Administração para exigir algo do Estado, ou pela qual se lhe permite fazer algo relativamente ao Estado”. Conforme o entendimento deste doutrinador, para que se verifique a existência de um direito subjetivo é necessário o preenchimento de três condições:

A primeira condição diz respeito à existência de uma norma vinculativa, que para Buehler era o elemento mais importante, já que através dele não havia possibilidade de se considerar nos atos discricionários a existência de direitos subjetivos ⁴⁹.

A proteção dos interesses individuais por parte do legislador era a segunda condição. Decifrar se uma norma trazia ou não proteção aos interesses dos cidadãos era uma questão jurídica advinda desta condição ⁵⁰.

Por último, a tutela jurisdicional da posição individual. Porque só há direito subjetivo quando também houver meios através dos quais os indivíduos possam pleitear e obter uma resposta por parte da Administração Pública ⁵¹.

De carácter extremamente relevante é o entendimento de Buehler ⁵² acerca do direito subjetivo, que, inclusive, é considerado como um divisor de águas à medida que difere os direitos subjetivos dos objetivos. Daí, é considerado como condição essencial da autonomia dos direitos subjetivos. Vale reforçar o que diz Henke ⁵³: “o direito que existe independentemente da minha pessoa é, como é óbvio, algo diferente do meu direito, que eu tenho relativamente a outrem”.

⁴⁹ BUEHLER, Ottmar. *Die Subjektiven Oeffentlichen Rechte und ihr Schutz in der Deutschen Verwaltungsrechtsprechungen*. Kohlhamer, Berlin Stuttgart – Leipzig, p. 224 *apud* SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 221.

⁵⁰ BUEHLER, Ottmar. *Die Subjektiven Oeffentlichen Rechte und ihr Schutz in der Deutschen Verwaltungsrechtsprechungen*. Kohlhamer, Berlin Stuttgart – Leipzig, p. 224 *apud* SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 221.

⁵¹ O. BACHOF. *Reflexwirkungen und Subjektive Rechte im oeffentlichen Recht*, in *Gedaechtnisschrift fuer Waltr Jellinek – Forshungen und Berichte aus dem oeffentlichen Recht*, 2a edição, Gunther & Olzog, Muenchen, 1955, p. 294 *apud* SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 221.

⁵² Proposição feita por SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 223.

⁵³ HENKE, W. *Das subjektive Recht im System des oeffentlichen Rechts*, in *Die oeffentliche Verwaltung*, n. 17, Agosto de 1980, p. 622 *apud* SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 223.

As três condições de existência do direito subjectivo trazidas por Buehler foram analisadas também por Bachof, que readaptou tais definições da seguinte forma:

“Deslocamento da exigência de norma jurídica vinculativa para a necessidade de existência de vinculações jurídicas. Pois, conforme explica BAUER⁵⁴, a característica da disposição jurídica vinculativa tinha, originariamente, o significado de excluir como fundamento do direito subjectivo todas aquelas normas que atribuíam à Administração uma margem de discricionariedade, o que implicava colocar grande parte da actividade administrativa à margem dos direitos subjectivos públicos. Agora, afastada a idêia do poder discricionário como “domínio livre do direito”, passa-se a defender a existência de direitos subjectivos públicos relativamente aos limites da discricionariedade, uma vez que o dever de cumprimento desses limites é vinculativo e que, devido a eles, pode surgir uma pretensão. (...) Decisivo já não é, portanto, tratar-se de uma “norma vinculativa”, mas tão só o fato da norma jurídica de Direito Público conter um dever de comportamento da Administração, pelo que mesmo as normas discricionárias podem fundamentar esse dever de comportamento.”⁵⁵ (grifo próprio).

“Alargamento das normas que se considera estarem ao serviço da protecção de interesses individuais. A questão de saber se uma norma protege ou não interesses individuais (em simultâneo com interesses públicos) é do domínio da interpretação e da aplicação do direito. Ora, essa interpretação deve ser feita de acordo com critérios objectivos e actualistas, assim como à luz das normas constitucionais, que tratam o indivíduo como um sujeito jurídico, susceptível de ser titular de direitos subjectivos perante a Administração. Daí que, de acordo com a ordem constitucional da Lei Fundamental, todas as situações de vantagem objectiva e intencionalmente concedidas transformaram-se em direitos subjectivos. (...) Assim, de acordo com a teoria da norma de protecção, sempre que uma norma de direito objectivo se destine à protecção de interesses de cidadãos individuais – mesmo que ela esteja próxima da satisfação de interesses públicos -,

⁵⁴ BAUER, Hartmut. *Geschichtliche Grundlage der Lehre vom subjektiven oeffentlichen Recht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1986, p. 136 e 137 *apud* SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 225.

⁵⁵ Cfr. SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. *Cit.*, p. 225.

o indivíduo não é por ela favorecido apenas de forma reflexa, antes goza de um poder jurídico para a imposição dos seus interesses protegidos de forma jurídico-objectiva.”⁵⁶ (grifo próprio).

“Finalmente, no que respeita à característica do direito de recurso, ela praticamente caiu em desuso como condição de existência do direito subjectivo, a partir do momento em que foi instituída a garantia constitucional do recurso contencioso, concebida em termos genéricos. Como afirma BACHOF, antigamente, era freqüente considerar a possibilidade de recurso como critério de direito subjectivo. (...) No direito alemão, a passagem de um sistema de contencioso tendo por base o “princípio da enumeração”, pelo qual eram taxativamente enumeradas as categorias de actos recoráveis, para um “sistema de cláusula geral”, segundo o qual é recorável qualquer actuação administrativa, desde que o particular alegue a titularidade de direitos subjectivos, veio alterar os dados da questão, tal como tinha sido inicialmente formulada por BACHOF. Agora é a recorribilidade do acto administrativo que passou a estar dependente da presença de um direito subjectivo, e não o direito a ser condicionado pela existência da recorribilidade.”⁵⁷ (grifo próprio).

A doutrina alemã recepcionou a teoria da norma de proteção, nos moldes elencados por Bachof. Assim, ocorreu uma relativização nas ‘condições de existência’ do direito subjetivo. Há que se falar em uma interpretação das normas em prol dos cidadãos, oportunidade em que os direitos subjetivos públicos ganharam uma maior dimensão. Isto é justificado pelo fato do indivíduo, em suas relações com a Administração Pública, ter passado a ser considerado um sujeito de direito⁵⁸.

A mudança ocorrida no contexto social e estatal moderno acarretou um crescimento da atividade administrativa, bem como uma maior maleabilidade na relação do Estado com os particulares. Esse novo contexto gerou uma crise no que

⁵⁶ Cfr. SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Cit., p. 226.

⁵⁷ Proposição feita por SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Cit., p. 226 e 227.

⁵⁸ *Idem. Ibidem*, p. 228 e 229.

concerne à definição de direito subjetivo, e fez com que fosse destinado aos particulares um tratamento unitário por parte do Poder Público (em busca de uma ótica menos legalista).

Nota-se, portanto, que o direito subjetivo público teve o seu conceito alargado. Situações, em que o indivíduo sofreu alguma lesão por conta de atuação da Administração Pública, demonstraram a importância do referido conceito ser revisto, inclusive, pela jurisprudência.

Para o professor Vasco Pereira da Silva “o reconhecimento da titularidade de direitos subjectivos perante as autoridades públicas, enquanto projeção jurídica da dignidade da pessoa humana constitui um princípio essencial do Estado de Direito, cuja consagração determina importantes conseqüências práticas no domínio do Direito Administrativo, designadamente no que respeita ao procedimento e ao processo contencioso. Assim, a titularidade de direitos subjectivos deve ter como conseqüência a atribuição ao particular da possibilidade de atuação no procedimento para a defesa preventiva de seus direitos perante a Administração”

⁵⁹.

Com base no que foi exposto, constata-se que grande parte da doutrina portuguesa entende que a boa administração não preenche os requisitos necessários para ser caracterizada como um direito subjetivo. Não faz sentido configurá-la como objeto de um pretense direito subjetivo, porque diz respeito a um bem que não é passível de apropriação individual.

Tal ocorre porque Portugal adota a lógica continental, que não possibilita o controle de mérito do ato administrativo.

O que está em causa é saber como a Administração Pública irá agir no caso concreto. Ressalta-se que essa discricionariedade não é uma exceção ao princípio da legalidade, e sim uma forma de o concretizar. Diferente é saber se há o controle jurisdicional do mérito do ato administrativo e, inclusive, se pode haver esse controle jurisdicional. Em Portugal, impossibilitado está o Poder Judiciário de intervir no mérito das decisões proferidas pelos órgãos administrativos, dado o

⁵⁹ Cfr. SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Cit., p. 213.

caráter técnico que seus membros possuem e a independência desses órgãos (princípio da separação dos poderes).

Neste país, o Ministério Público existe para a defesa da legalidade e do interesse público e por isso apenas pode atuar no domínio da lei e não no domínio do que é discricionário, daquilo que é lógica e função da Administração Pública.

Destaca-se também a existência da lógica anglo-saxônica, adotada em outros países, cujo ordenamento interno permite que haja um controle jurisdicional do mérito por parte do Poder Judiciário.

Dentre esses países, há de ressaltar o Brasil ⁶⁰, que assume grande importância no quadro dessa discussão, por ser um país que admite o controle jurisdicional e que confere titularidade ao Ministério Público (coloca a titularidade em termos objetivos e não subjetivos, mesmo porque o Ministério Público passa a fazer o papel subjetivo de coadjuvante). Todavia, admitir um controle jurisdicional vai além da legalidade.

Por causa da adoção da referida lógica, no Brasil o entendimento doutrinário majoritário é no sentido da qualificação do princípio da boa administração como um direito subjetivo, de forma contrária ao posicionamento majoritário português. Para tanto, pode ser citado como defensor da corrente brasileira Juarez Freitas ⁶¹. Expõe este doutrinador que o direito fundamental à boa administração pode ser assim compreendido: “trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas, a tal direito corresponde o dever da administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência/coerência (cogente = “racionalmente necessário”) da totalidade dos princípios constitucionais que a regem”. Assim, entende este autor

⁶⁰ O direito à boa administração tem um conteúdo mínimo, tratado na Constituição brasileira no artigo 37, especialmente vinculado ao princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

⁶¹ Cfr. FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 20. Acrescenta o autor que no conceito proposto abrigam-se os seguintes direitos, dentre outros: “(a) direito à administração pública transparente; (b) direito à administração pública dialógica; (c) direito à administração pública imparcial; (d) direito à administração pública proba; (e) direito à administração pública respeitadora da legalidade temperada; (f) direito à administração pública eficiente e eficaz”.

brasileiro que o direito fundamental à boa administração é o somatório de direitos subjetivos públicos. Tais direitos precisariam ser tutelados em bloco, aspirando-se que a discricionariedade não prejudique a existência do aludido direito fundamental.

Outra questão que surge a respeito deste tema é no sentido de saber se valeria a pena conceder autonomia à boa administração, dando-lhe status de um novo direito fundamental. O “vale a pena” só se pode colocar no sentido de se retirar algo de útil, tirar algo mais do que sobra desses direitos do ponto de vista individual. A boa administração, sob uma ótica pessoal, é um conceito que abrange diversos direitos. Esta situação faz com que muitos autores entendam tratar-se de conceito omnicompreensivo. Sob o rótulo da boa administração, concentrar-se-iam vários direitos que, em separado, já têm autonomia conceitual e aplicabilidade prática, de modo que não se justificaria a manutenção do referido dogma como direito autônomo.

3.3. O conceito tradicional de boa administração em Portugal

O conceito de boa administração tem tradição no panorama doutrinal português. A doutrina italiana muito tem contribuído para, em tempos modernos, servir de base para a definição do significado da expressão em análise ⁶².

Ademais, para que seja definido o conceito, deve-se observar a tradicional contraposição entre legalidade e mérito.

Rogério Ehrhardt ⁶³ foi um grande estudioso do tema. Fundou sua teoria na sujeição da administração à prossecução do interesse público, definindo que o juízo de boa administração não é simplesmente um juízo de legalidade. Para este autor, o principal significado do dever de boa administração consiste na necessidade imposta ao administrador ou agente de individualizar a diretiva para o caso concreto e atuá-la.

⁶² ALMEIDA, Mário Aroso de. *O Provedor de Justiça como garante da boa administração*. In: O Provedor de Justiça – Estudos – Volume Comemorativo do 30º Aniversário da Instituição. Lisboa: Edição da Provedoria de Justiça, 2006, p. 13.

⁶³ SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Interesse Público, Legalidade e Mérito*. Coimbra, p. 179 e ss.

Nos chamados atos vinculados, o agente recebe a sua conduta inteiramente prefigurada pelo legislador, que na própria norma indica o conteúdo do ato, isto é, os meios que ele deve adequar ao interesse público proposto. Neste sentido, o *dever de boa administração* dá lugar a um *dever de administração* apenas, quando então estaria a boa administração ligada à lei ⁶⁴.

Quando o agente gozar de discricionariedade na tomada de algum ato, será imposto a ele o dever de escolher a solução conveniente, que melhor se adegue ao caso concreto.

O professor Vasco Pereira da Silva muito bem descreve este entendimento ao expor que “um acto de má administração não é necessariamente ilegal, podendo apenas estar em causa a sua correcção material à luz de razões extra-jurídicas. Se um acto de má administração for ilegal, a má administração dissolve-se na ilegalidade; se não for, a má administração pode ser controlada pela própria administração, através dos procedimentos administrativos de controlo, mas, sob pena de violação do princípio da separação de poderes, não pode ser controlada pelos tribunais.” ⁶⁵ Para o professor, o conceito de boa administração seria sinónimo de discricionariedade administrativa, razão pela qual não pode haver um direito subjetivo à boa administração.

Diogo Freitas do Amaral ⁶⁶ entende que a boa administração relaciona-se com os procedimentos da Administração Pública, que tem como dever prosseguir o bem comum com extrema eficiência. Prossegue o professor explicando que “o dever da boa administração, ou princípio da eficiência, está expressamente previsto na alínea c) do artigo 81º da CRP para o sector público empresarial. Mas o artigo 10º do CPA, parte final, estende-o a toda a actividade da Administração Pública”.

Depreende-se que a ideia de boa administração tem sido associada à ideia de eficácia e eficiência da Administração Pública. Até se fala, de forma indiferenciada, num *princípio da boa administração, do mérito ou da eficiência*.

⁶⁴ *Idem. Ibidem*, p. 179 e ss.

⁶⁵ Proposição feita pelo professor Vasco Pereira da Silva, em sala de aula no curso de mestrado em ciências jurídico-políticas da Universidade de Lisboa, ano letivo 2008/2009.

⁶⁶ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. Cit., p. 38.

Neste contexto, o conceito de boa administração surge associado à afirmação de um princípio ou um dever, a cargo da Administração Pública, que se caracteriza por possuir um conteúdo vago e flexível, de contornos imprecisos, a partir da ideia de que a atividade administrativa deve sempre buscar atingir o interesse público, a satisfação das necessidades coletivas postas a seu cargo, da forma mais eficiente possível.

3.4. Abordagem do conceito de boa administração a nível comunitário

A nível comunitário, o conceito de boa administração tem sido objeto de uma abordagem que se afasta da abordagem portuguesa acima descrita.

A abordagem comunitária é realizada a partir da concepção da boa administração como um valor jurídico. A ideia de boa administração assume uma concepção jurídica com o advento da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a previsão legal contida no artigo 41.⁹.

O *case law* do Tribunal de Justiça teve um papel de significativa importância na construção do conteúdo do artigo em referência. Com o decorrer do tempo e, consequentemente, com a tomada de decisões, que definiam determinados princípios como princípios da boa administração, os cidadãos europeus passaram a ter mais direitos (decisões imparciais, justas e em prazo razoável por parte dos órgãos da União, direito à informação e audiência prévia no âmbito dos procedimentos e direito à fundamentação das decisões) ⁶⁷.

Destaca-se também que desde o início das funções do Provedor de Justiça Europeu, buscou-se sempre definir qual o sentido e alcance do conceito de “má administração”, visando demarcar qual o campo de atuação do Provedor (na sua função de dar resposta às queixas que lhe sejam dirigidas).

No primeiro Relatório Anual que apresentou ao Parlamento Europeu, em 1996, o primeiro Provedor de Justiça Europeu Jacob Söderman procurou evitar uma definição, explicando que “o carácter aberto do termo é justamente um dos elementos que distinguem o papel do provedor do juiz” ⁶⁸. Apresentou apenas uma

⁶⁷ Proposição feita por ALMEIDA, Mário Aroso de. *Op. cit.*, p. 13.

⁶⁸ ALMEIDA, Mário Aroso de. *Op. Cit.*, p. 15.

lista expressamente exemplificativa de situações que configuravam má administração (irregularidades administrativas, abuso de poder, negligência, procedimentos ilegais, omissões administrativas, injustiça, incúria ou incompetência, discriminação, atraso evitável, incapacidade ou recusa de informar).

Todavia, existia uma cobrança por parte do Parlamento a fim de que fosse definido claramente o conceito de má administração. Isto se deu no segundo Relatório Anual, em 1997, quando o então Provedor sugeriu a seguinte definição: “A má administração ocorre quando um organismo público não actua em conformidade com uma regra ou princípio a que está vinculado”, a qual foi aprovada pelo Parlamento.

Por outro lado, o Provedor recordou, ainda no mesmo Relatório, que a questão de saber o que constitui, na prática, má administração pode ser esclarecida mediante a adoção de uma lei ou de um código de conduta referente à boa prática administrativa, como acontece em muitos Estados-membros. Foi na sequência disto que foi elaborado um Código Europeu de Boa Conduta Administrativa, adotado pelo Parlamento Europeu em 6 de setembro de 2001, compilando as regras e princípios cuja violação configuraria má administração.

Como se vê, designadamente a nível comunitário, os conceitos de boa e má administração foram associados ao mero cumprimento das regras e princípios que norteiam e regulam a atividade administrativa.

3.5. A busca por um novo conceito de boa administração

Muito se fala em encontrar uma definição harmônica para o conceito de boa administração. Para tanto, é necessário um fator muito importante, qual seja, o equilíbrio.

No entendimento de Mário Aroso de Almeida ⁶⁹, este equilíbrio diz respeito à busca de um conceito de boa administração que respeite tanto os aspectos jurídicos (podendo ser citado, dentre outros, o respeito à lei) como os extrajurídicos (ideais

⁶⁹ Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso de. *Op. cit.*, p. 24 e 25.

de conduta justa e adequada). A boa administração deve respeitar as regras e os princípios jurídicos (entendimento comunitário), todavia, não deve ficar restrita a estes. Existe, ainda, a ocorrência da má administração também em âmbito extrajurídico. Daí o entendimento deste autor no sentido de que existem disfunções administrativas, que não necessária e normalmente são oriundas do respeito aos princípios e regras jurídicas previstos em lei.

Rechaça, ainda, a existência de um segundo ponto no que diz respeito ao conceito redutor (em termos minimalistas) de boa administração, qual seja, o entendimento que tão somente relaciona direta e intimamente à boa administração ao conceito de juridicidade. Portanto, para ele, atribuir à boa administração um conceito estritamente jurídico não se mostra satisfatório.

Para além disso, corroborando o entendimento no sentido de que não pode a boa administração ser analisada sob uma ótica minimalista, este autor apresenta o seu ideal no sentido de que a boa administração deve ser conceituada a partir da integração dos elementos jurídicos com extrajurídicos. A referida integração mostra-se relevante, na opinião do autor, pois a junção dos fatores nela constantes servirá de base, tanto para o Provedor de Justiça quanto para a Administração Pública num todo, que devem realizar a boa administração.

Apresenta o autor o denominado “super conceito” ⁷⁰ da boa administração, que seria resultante da união de duas forças: a eficiência economicista e a exigência de juridicidade. Neste caso, o autor demonstra que a boa administração deve possuir um conceito amplo, que traga a juridicidade em conjunto com o binômio eficácia-eficiência da Administração.

Por outro lado, ressalta-se a existência de uma crítica que se faz a essa conceituação amplificada: tal fato dificultaria a recondução da boa administração a direitos concretos e determinados. Um conceito amplo impossibilitaria tal concretização.

⁷⁰ Cfr. ALMEIDA, Mário Aroso de. *Op. Cit.*, p. 28.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, evidencia-se ter sido a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia inovadora para o ordenamento jurídico europeu ao consolidar num mesmo documento os direitos fundamentais de maior importância.

A Carta foi proclamada pelos Estados-membros, tendo sido considerada uma *consolidação*, ou seja, uma prova autorizada do direito vigente. Muito embora seus efeitos não possuam caráter vinculante em termos jurídicos, não se pode atribuir a esta uma neutralidade jurídica.

A essência do presente trabalho consistiu na análise do disposto no artigo 41.º da Carta (que aborda o “direito à boa administração”), nomeadamente, sua criação, aplicação, qualificação e conceitos.

Pôde-se perceber que, em Portugal, a Carta acabou por não estreitar direitos, vez que a Constituição e a legislação portuguesas já tratavam da matéria em referência. Destacou-se, inclusive, que o tema em âmbito nacional é tratado de forma mais detalhada e minuciosa, conferindo aos portugueses uma maior proteção concernente à boa administração.

Acerca de sua qualificação, é indiscutível que a boa administração é um instituto jurídico a nível europeu. Todavia, surgem dúvidas sobre os níveis ou planos jurídicos ocupados por ela, que poderiam ser: princípio, dever jurídico ou direito subjetivo. Tendo em vista tal situação, foi suscitada a necessidade de se fundamentar a questão, quando então foi demonstrado que se trata de um princípio em sua essência, bem como um dever jurídico, por trazer consigo um encargo à Administração Pública. Já no que concerne à hipótese de se tratar de um direito subjetivo, tal possibilidade foi afastada por não preencher os requisitos necessários para tanto.

Alguns alegam, ainda, que o artigo 41º da Carta deve ser abordado com ceticismo (“atitude ou doutrina segundo a qual o homem não pode chegar a qualquer conhecimento indubitável, quer nos domínios das verdades de ordem geral, quer no de algum determinado domínio do conhecimento”). Não vejo desta forma. Acredito que deva ser ressaltado que a adoção da Carta, embora seja um grande

passo que foi dado, não deve terminar a procura e a pesquisa por um melhor governo, por uma administração mais eficaz e eficiente ou por leis mais adequadas e justas na União Europeia.

Também foi visto que a boa administração é analisada basicamente sob um enfoque minimalista, respeitando apenas aspectos jurídicos. Entretanto, por ser um assunto em evidência nos dias atuais, foi discutida a existência de uma corrente doutrinária que entende pela necessidade do instituto também vir a ser analisado com aspectos extrajurídicos.

Tendo sido evidenciados tais pontos, foi demonstrado ser preciso estabelecer se a noção de boa administração deve ser entendida sob a lógica do “guarda-chuva” (devido aos vários direitos e princípios que se encontram na noção do artigo 41) ou se trata-se de um instituto com uma nova roupagem e natureza (um novo direito e autônomo). Deve ser ressaltado que é muito cedo para proferir qualquer resposta definitiva. Contudo, é imprescindível discutir a matéria, tal como está sendo feito, e ter a consciência de que as atividades da Administração Pública estão sendo focadas não mais apenas nos atos, mas também nos procedimentos e atitudes de seus funcionários. Disto, incorre-se que houve uma mudança na ênfase do que seria uma boa administração: do resultado apresentado pela Administração para o comportamento seguido pela mesma. O conceito de boa administração está em evolução.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1994.

ALMEIDA, Mário Aroso de. *O Provedor de Justiça como garante da boa administração*. In: *O Provedor de Justiça – Estudos – Volume Comemorativo do 30º Aniversário da Instituição*. Lisboa: Edição da Provedoria de Justiça, 2006.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. Vol. I, 2ª edição, Coimbra: Almedina, 1994.

AMARAL, Diogo Freitas do. CAUPERS, João. CLARO, João Martins. GARCIA, Maria da Glória Dias. SILVA, Vasco Pereira da. VIEIRA, Pedro Siza. *Código de Procedimento Administrativo Anotado – Com Legislação Complementar*. Coimbra: Almedina, 4^a edição, 2003.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A Carta Europeia dos Direitos Fundamentais e as Constituições Nacionais*. In: Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O Dever da Fundamentação Expressa de Actos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3^a edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf

CAUPERS, João. *Introdução ao Direito Administrativo*. 7^a edição, Lisboa: Âncora, 2003.

Contributo da Plataforma das ONG europeias do sector social e da Confederação Europeia dos Sindicatos (ETUC). Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/civil/pdf/con75_pt.pdf

CORREIA, Lia Olema F. V. J. *O Dever de Boa Gestão e a Responsabilidade Financeira*. In: Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor Antônio de Sousa Franco, vol. II, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006.

CRAIG, Paul. *EU Administrative Law*. Vol. XVI/1, New York: Oxford University Press, 2006.

DIARRA, Éloi. *La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*. Direction de: Laurence Burgorgue-Larsen. Paris: Bruylant, 2005.

DUARTE, Maria Luisa. *O Tratado da União Europeia e a Garantia da Constituição: Notas de uma Reflexão Crítica*. In: Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes, Lisboa: Lex, 1995.

FREITAS, Juarez. *Discrecionariade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração*. São Paulo: Malheiros, 2007.

GARCÍA, Ricardo Alonso. *Sistema Jurídico de la Unión Europea*. Primera edición, Madrid: Thomson – Civitas, 2007.

HERZOG, Enrique Múgica. *A boa administração como direito de cidadania*. In: VII Congresso anual da Federação Ibero-Americana de Ombudsman: Ombudsman - Novas competências - Novas funções. Lisboa: Provedor de Justiça, 2004.

KANSKA, Klara. *Towards Administrative Human Rights in the EU. Impact of the Charter of Fundamental Rights*. In: European Law Journal – Review of European Law in Context. Oxford: Blackwell Publishers. Vol 10, n. 3, 2004.

LEÃO, Amabela Costa. *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Protegendo os Direitos a um Nível Multidimensional*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Coimbra: Coimbra Editora, Ano 3, 2006.

MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e os Meios de Tutela Judicial*. In: Separata de Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2005.

MARTINS, Patricia Fragoso. *O Princípio do Primado do Direito Comunitário sobre as Normas Constitucionais dos Estados-membros – Dos Tratados ao Projecto de Constituição Europeia*. Lisboa: Principia, 2005.

MATOS, André Salgado de. SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Direito Administrativo Geral – Introdução e princípios fundamentais*. Lisboa: Dom Quixote. Tomo I, 2ª edição, 2006.

MEDEIROS, Rui. *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Estado Português*. In: Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976 – Evolução Constitucional e Perspectivas Futuras. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001.

MESQUITA, Maria José Rangel de. *Sobre o Mandato da Conferência Intergovernamental definido pelo Conselho Europeu de Bruxelas: É o Tratado de Lisboa um Novo Tratado?* In: Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão. Vol. I, Coimbra: Almedina, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Sobre a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia – Parecer Breve*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XLI, n. 1, Coimbra Editora, 2000.

MONETTE, Pierre-Yves. *A boa governação ao serviço do desenvolvimento duradouro*. In: O Provedor de Justiça – Novos Estudos. Lisboa: Provedoria da Justiça, 2008.

OTERO, Paulo. *O Poder de Substituição em Direito Administrativo*. Vol. II. Lisboa: LEX Editora, 1995.

REBELO DE SOUSA, Marcelo. *Lições de direito administrativo*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1999.

SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1998.

SOARES, Guilherme Ehrhardt. *Interesse Público, Legalidade e Mérito*. Coimbra: Atlântida, 1955.

SOLÉ, Juli Ponce. *Deber de Buena Administración y Derecho al Procedimiento Administrativo Debido – Las Bases Constitucionales del Procedimiento Administrativo Debido y del Ejercicio de la Discrecionalidad*. Valladolid: Lex Nova, 2001.

USHER, John A. *General Principles of EC Law*. New York: Longman, 1998.

[voltar ao índice ▲](#)

[início do texto ▲](#)

ABORDAGEM CRÍTICA ACERCA DO INTERESSE PÚBLICO: UMA VISÃO BRASIL-PORTUGAL.

Frederico Rodrigues da Silva (fredericors@gmail.com)

“a questão do interesse público, contudo, permanece, sem dúvida, sendo a grande questão do Direito Administrativo, ainda que os administrativistas, em regra, não a discutam”¹.

1. INTRODUÇÃO

A figura do cidadão é inerente ao desenvolvimento social e à própria solidificação do Estado, visto seu poder de manifestação de interesses individuais ou coletivos, com o objetivo de tornar sua vida em comunidade mais confortável e provida de elementos essenciais.

Contudo, o cidadão não é capaz de, sozinho, satisfazer todas as suas necessidades. Daí surge a figura do Estado, ente responsável por prover, em nome de todos os cidadãos, a execução de serviços e atividades que atenda às demandas política e social.

Com o advento do Estado de Direito, como decorrência da busca pela submissão do poder do soberano à legalidade, houve o delineamento do Direito Administrativo, que se constituiu como o ramo jurídico voltado à proteção dos cidadãos em face dos poderes despóticos, assim como relacionado à disciplina jurídica dos fins do Estado, que se subsumiam à chancela do *interesse público*.

¹ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 124.

O Direito Administrativo moderno funda-se, essencialmente, sobre duas idéias fundamentais que constituíam sua finalidade, quais sejam (I) a proteção dos direitos individuais frente ao Estado, da qual se construiu o princípio da legalidade e (II) a obrigação de satisfação das necessidades e interesses coletivos, cuja implementação sujeitava-se à concessão de prerrogativas e privilégios próprios à Administração Pública.

Dentre esses privilégios, caberia à Administração a escolha de quais necessidades coletivas e quais interesses públicos deveriam ser satisfeitos e, após a definição, a sua realização não poderia ser objeto de transigência, pois estaria no âmbito de sujeições da Administração Pública.

Àquela época, apesar da obrigatoriedade da realização das atividades que se sintetizavam na ideia de interesse público, não se buscava compreender, no âmbito da Administração Pública, o que de fato poderia ser declarado como interesse público. Em razão disso, a doutrina, nos últimos anos, passou a examinar o que integraria o conceito de interesse público², tendo em vista que, como categoria derivada de um modelo de Estado autoritário³, representava uma fórmula de imunização das decisões políticas, as quais, abrangendo as mais variadas situações e posições fático-jurídicas, eram subsumidas a esse interesse tido como público.

Ultimamente, questiona-se, além do que efetivamente seria o interesse público, quais seriam as questões de interesse público presentes na sociedade⁴. Entretanto, como se trata de um conceito jurídico indeterminado, que varia conforme o tempo em que se analisa, sua compreensão depende da deliberação política para se obter um mínimo consenso sobre ele.

Na atualidade, não se pode descurar que os interesses públicos são formados a partir de acordos na esfera pública, desde que, utilizando conceito de Habermas, se compreenda a esta esfera como um *locus* onde são identificados os interesses

² BRAYBROOKE, David. *O Interesse público: O Presente e o Futuro do Conceito in O Interesse público: Chave Essencial da Política pública*. in: FRIEDRICH, Carl. *O interesse Público*. (Org.) Trad. de Edílson Alkmin Cunha. São Paulo: O Cruzeiro, 1967. p. 135.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. “**Conceito de Interesse Público e a “Personalização” do Direito Administrativo**”. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 26, São Paulo: Malheiros.

⁴ O entendimento geral, normalmente influenciado pelas teorias de comunicação social, faz crer que para que algo seja de interesse público é necessário que atraia a atenção de uma multiplicidade de pessoas em determinado tempo e local, o que é bem diferente da acepção jurídica do termo.

públicos, ou seja, como um local da disputa intersubjetiva, no qual será formado o interesse público⁵.

Pelo exposto, conveniente se mostra o estudo de como pode se dar a delimitação desse conceito a partir dos limites e das possibilidades que o debate político, jurídico e social propiciam, consoante será adiante apresentado.

Além disso, o presente trabalho visa um estudo crítico acerca do paradigma tradicional do Direito Administrativo Brasileiro consubstanciado na existência de *uma supremacia do interesse público*.

Tendo em vista a análise dos conflitos entre interesses públicos e entre esses e os interesses privados busca-se, através de uma perspectiva comparada, reformular o princípio base do Direito Administrativo Brasileiro, propondo-lhe uma nova dimensão, com vista à constante evolução do Estado.

Pretende-se, portanto, mostrar a diretriz para a busca da harmonia entre os interesses públicos e os interesses privados, através de uma solução primada na ética e na justiça.

2. INTERESSE PÚBLICO

2.1 Do Interesse Publico aos Interesses Públicos

Não há como negar que o interesse público é que deve nortear as ações do Estado. Contudo, nem sempre o interesse público esteve à frente das funções do Estado e recebeu a devida importância por parte do administrador.

Isto somente ocorreu ao longo da evolução e das várias transições do sistema de Estado e de sua organização administrativa, posto que a Administração Pública e o Direito Administrativo variaram de acordo com o conteúdo e a amplitude do Estado em vigor.

Os grandes filósofos da antiguidade enxergavam o interesse público como um caso particular do problema mais geral da justiça. Entretanto, Maquiavel desmistificou

⁵ HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural na Esfera Pública. Investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

essa idéia afirmando que o interesse público objetivava a formação e manutenção de um Estado forte que proporcionasse paz às pessoas e o conseqüente progresso da sociedade

Ocorre que essa busca conduziu ao absolutismo, no qual o interesse público era o interesse do déspota, e à crença de que, livre das disputas políticas, a coletividade poderia evoluir. Acontece que não houve o esperado progresso porque, com a patrimonialização do aparato estatal, o povo trabalhava para custear o Estado que por sua vez sustentava a nobreza. O Estado era um instrumento de dominação e nunca se cumpriu o verdadeiro interesse público, porque este se confundia com os interesses pessoais dos detentores do poder.

Com o advento do iluminismo, retoma-se o ideal de justiça, apresentando a teoria do Estado como pacto da sociedade, objetivando garantir a ampla liberdade de ação dos indivíduos e o modelo capitalista. Sendo um pacto, não poderia ser o poder personalizado ou patrimonializado em certas pessoas⁶.

Assim, tornou-se necessário separar e contrapor as esferas privada e pública⁷, chamando a atenção o fato de que o público deveria ser único. A administração pública surge, então, para gerir o interesse público monolítico⁸. Portanto, “o direito nasceu referido a um sujeito – a Administração Pública”⁹

⁶ O histórico até aqui delineado encontra-se descrito em SOUZA, Marcelo Rebelo de e MATOS, André Salgado de. **Direito Administrativo Geral. Tomo I – Introdução e Princípios Fundamentais**. Lisboa: Dom Quixote, 2006, p. 100 e 101.

⁷ Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto define esfera privada como o predomínio da vida econômica e da ação individual e a esfera pública como campo de imposição das regras de manutenção das condições básicas de preservação do sistema econômico, concluindo que a partir do momento em que este poder (e os instrumentos e estruturas a ele inerentes – *v.g.*, o aparato burocrático) não pode mais ser apropriado patrimonialisticamente pelo soberano nem depende mais intrinsecamente da sua pessoa ou de seus laços pessoais, será necessária a construção de uma argumentação que justifique a existência autônoma deste poder e que viabilize sua efetivação. Para tanto este poder precisa ser único, pois será concebido como originado e dirigido a todos os indivíduos (então concebidos como livres, iguais e autônomos) que compõem uma dada coletividade. MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 43 e 44.

⁸ A pluralidade e as contradições deveriam ser superadas no parlamento quando da edição das leis que definiriam o interesse público e vinculariam a administração pública. Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que “a legalidade significava a sujeição à lei editada pelo Parlamento, que era visto como o único ente que representava a vontade geral do povo.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Inovações no direito administrativo brasileiro. **Interesse Público**, Porto Alegre, a. 6, n. 30, p. 48, mar./abr. 2005.

⁹ Ibidem. p.39.

O grande interesse público era assegurar a autonomia da vontade. Todavia, o caos urbano e social que se seguiu à revolução industrial redimensionou o interesse público de forma a exigir uma atuação estatal positiva.

Surge então o Estado Social, também chamado de Estado Administrativo, Estado Cultural, Estado de Bem-Estar e Estado-Providência. e foi influenciado por vários acontecimentos sócio-políticos, dos quais cinco linhas foram expressivas: a transformação do Estado num sentido democrático, intervencionista e social; o aparecimento e o desaparecimento de regimes políticos autoritários e totalitários; a luta das mulheres ao acesso à igualdade na família, no trabalho e na participação política; a emancipação das colônias e sua transformação em Estados com sistemas político-constitucionais diferentes e a organização de uma comunidade internacional que defende e protege os direitos do homem.

É neste modelo de estado que, finalmente, revelam-se a todos, além dos direitos fundamentais, os direitos econômicos, sociais e culturais, as liberdades e garantias individuais, o sufrágio universal e os partidos de massa.

Além disso, houve a substituição da monarquia pela república, o enriquecimento das Constituições e o alargamento dos fins do Estado e o crescimento de sua função administrativa, bem como a multiplicação dos grupos sociais, do papel que desempenham na sociedade e dos seus interesses¹⁰.

O Professor Marcelo Rebelo de Souza narra que o alargamento da função administrativa do Estado fez surgir neste período uma Administração Pública que não atuava apenas por atos unilaterais de autoridade, mas que utilizava-se de instrumentos contratuais de natureza pública, o que permitia que ela viesse a realizar uma maior gama de necessidades coletivas.

Essa pluralidade dos fins do Estado revelou diversos interesses públicos. Contudo, o Estado Social mostrou-se limitado, e incapaz de dar uma resposta eficiente aos recentes problemas oriundos da evolução da sociedade¹¹.

¹⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo I – Preliminares. O Estado e os Sistemas Constitucionais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 91 e 92.

¹¹ O Professor Vasco Pereira da Silva enumera algumas características da crise do Estado Social, destacando a 1) insuficiência e limitações das políticas econômicas baseadas no expansionismo da procura; 2) a ineficiência econômica da intervenção de um Estado que se alargou demasiadamente; 3) o surgimento da questão ecológica; 4) a insegurança pública decorrente do constante aumento das contribuições dos indivíduos para o Estado; 5) o risco de menor imparcialidade do Estado em

Em razão da administração haver sido a função “carro-chefe” do Estado-Providência, a crise daquele modelo de Estado trouxe consequências à Administração, que viu-se obrigada a readequar suas tarefas e formas de gestão, diante da pluralidade de administrações (públicas e privadas)¹².

A partir daí assiste-se a uma verdadeira mudança de compreensão das funções e deveres da Administração Pública, que nos dizeres do Professor Vasco Pereira da Silva, toma uma dimensão infra-estrutural” deixando de “estar orientada unicamente em função da resolução pontual de questões concretas para se tornar conformadora da realidade social”¹³.

Essas mudanças implicaram em múltiplas transformações da Administração Pública, assumindo relações multilaterais, segundo o Professor Vasco Pereira da Silva, levaram a uma “proliferação de actuações administrativas de carácter geral, ou de medidas individuais de alcance não limitado aos imediatos destinatários, ou ainda ao surgimento de formas de actuação de carácter misto, que combinam aspectos genéricos com individuais, e que só muito dificilmente se enquadram nos esquemas tradicionais”¹⁴.

Além dessas mudanças na reestruturação da Administração Pública, o novo modelo de administração¹⁵ introduz uma nova lógica que permite e organiza a colaboração entre entidades públicas e privadas no exercício da função administrativa, o que vai permitir a parceria com instituições privadas ou mesmo com outras entidades públicas.

Enfim, analisadas as mudanças estruturais do Estado, é possível verificar também as diferenças das relações mantidas entre Administração e particulares. Portanto, é imprescindível visualizar que o Direito Administrativo, que surgiu dando super-

função do abandono de sua clássica função de separação e superioridade relativamente à sociedade e 6) o alheamento dos cidadãos em face dos fenómenos políticos. SILVA, Vasco Pereira da. **O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 151 e seguintes.

¹² Ibidem.

¹³ Ibidem. p. 155.

¹⁴ SILVA, Vasco Pereira da. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 128.

¹⁵ O Professor Vasco Pereira da Silva destaca que esse novo modelo de Administração, prospectiva ou prefigurativa, caracteriza-se pela “multilateralidade, alargamento da protecção jurídica subjectiva, durabilidade das relações jurídicas, esbatimento da diferenciação entre formas de actuação genéricas e individuais. Ibidem. p. 130.

privilégios à Administração, se transforma no Direito que regula as relações jurídico-administrativas, que possuem natureza multilateral.

2.2 Titularidade do Interesse Público

O desenvolvimento histórico da noção de *interesse público* sempre esteve associado à idéia de titularidade do interesse tido como público. Nos séculos XVI e XVII, quando do surgimento do Estado Moderno não seria exagerado afirmar que a totalidade dos interesses públicos estaria na titularidade estatal. O *interesse público* e o interesse do soberano, neste momento, confundiam-se. Daí porque a clássica apreciação circular de que o interesse é público porque atribuído ao Estado e atribuído ao Estado porque público, sempre esteve presente na tradição jurídica ocidental¹⁶.

Entretanto, o próprio conceito de titularidade do interesse público deve ser visto com reserva, haja vista a idéia de domínio a ele inerente e a sua intrínseca divergência com a noção de administração¹⁷. Com efeito, cumpre à administração pública o exercício da função administrativa, visto que não possui a titularidade do *interesse público*. Para Santi Romano, a titularidade do interesse público é “poder que se exerce, não por interesse próprio, ou exclusivamente próprio, mas sim por interesse de outrem ou por um interesse objetivo”¹⁸. Destarte, a função administrativa estatal está irremediavelmente vinculada a uma finalidade de *interesse público*.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **O conceito de interesse público e a “Personalização” do Direito Administrativo**. Revista Trimestral de Direito Público 26/1999, São Paulo, Malheiros. p.116.

¹⁷ Nesse sentido, assevera Ruy Cirne Lima que a utilização da palavra administração designa a atividade de quem não é proprietário, distinguindo a administração da propriedade, nos seguintes termos: “propriedade *lato sensu* pode dizer-se o direito que vincula à nossa vontade ou à nossa personalidade um bem determinado em todas as suas relações. Opõe-se a noção de administração à de propriedade, visto que, sob administração, o bem se não entende à vontade ou personalidade do administrador, porém à finalidade a que essa vontade deve servir”. LIMA, Ruy Cirne in BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 86

¹⁸ SANTI ROMANO. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 145.

Pode-se afirmar que a titularidade do *interesse público* esteja na sociedade, contudo, a sua gestão está a cargo especialmente do Estado, observada ainda a impossibilidade, cada vez mais presente e discutida, de particulares exercerem e gerirem muitos dos interesses classificados como públicos.

Ainda deve-se ressaltar que o desenvolvimento das sociedades e a urgente necessidade do cumprimento urgente de atividades relacionadas com o *interesse público*, como a proteção ao meio ambiente, promoveram o surgimento de entidades paraestatais que pudessem desempenhar estas atividades relacionadas intrinsecamente ao *interesse público*. É o que se pode denominar de espaço público não-estatal, vez que realiza atividade cujo fim é próprio do *interesse público*, todavia, desvinculado diretamente de órgãos estatais. realizar

2.3 O Estado como Gestor do *Interesse público*.

Apesar do surgimento dessas entidades, pode-se afirmar que o Estado ainda é o gestor por excelência dos interesses públicos existentes na sociedade, seja porque os particulares ainda não possuem condições de atingi-los individualmente, seja porque demandam recursos e técnicas complexas que somente o Estado está apto a desempenhar.

A professora brasileira, Maria Sylvia Zanella di Pietro, afirma que “em primeiro lugar, não se pode dizer que o *interesse público* seja sempre aquele próprio da Administração Pública; embora o vocábulo “público” seja equívoco. Por isso, pode-se dizer que, quando utilizado na expressão *interesse público*, ele se refere aos beneficiários da atividade administrativa e não aos entes que a exercem. A Administração Pública não é a titular do *interesse público*, mas apenas a sua guardiã; ela tem que zelar pela sua proteção”¹⁹.

O desenvolvimento político e social experimentado pelas sociedades e o reconhecimento de interesses públicos não estatais²⁰, trouxe à tona a discussão

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo. Atlas: 2001. p. 161.

²⁰ Com destaque para as atividades desempenhadas pelas ONGs (Organizações não governamentais), pelas OSCIPs (Organizações da Sociedade Civil de *Interesse público*) e pelas OSs (Organizações Sociais).

acerca da titularidade do *interesse público* pelo Estado e a superação da idéia de que todos os interesses titularizados ou geridos pelo Estado seriam públicos. O professor Marçal Justen Filho afirma que assertivas dessa ordem exigem “exame crítico, haja vista que o conceito de *interesse público* não se constrói a partir da identidade do seu titular, sob pena de inversão lógica e axiológica insuperável e frustração de sua função”²¹.

Portanto, cumpre reconhecer que o reconhecimento de que a titularidade ou mesmo a gestão do *interesse público* mais se mostra como critério adequado para a determinação ou mesmo para a delimitação de interesses classificados como públicos, derivando daí a importante constatação de que “o interesse é público não porque atribuído ao Estado, mas é atribuído ao Estado por ser público”²².

2.4 Definição de Interesse Público

Conforme já se viu, o interesse público se constituiu como a principal categoria do Direito Administrativo²³. Foi em torno dele, com vistas à sua persecução pela Administração Pública, que essa disciplina jurídica desenvolveu a maioria dos seus caracteres.

Apesar disso, a doutrina, ainda que sempre estudando questões que apresentam imediata pertinência com o tema, raramente voltou-se a examinar, com afincio, o que seria efetivamente esse *interesse público*.

É árdua a missão de definir o conceito de interesse público. Ao longo do amadurecimento da presença do interesse público nas funções do Estado, o seu conceito evoluiu de forma pragmática, englobando não somente um único

²¹ Continua o autor afirmando que “definir o interesse como público porque titularizado pelo Estado significa assumir uma certa escala de valores. Deixa de indagar-se acerca do conteúdo do interesse para dar-se destaque à titularidade estatal. Isso corresponde à concepção de que o Estado é mais importante do que a comunidade e que detém interesses peculiares. O tratamento jurídico do *interesse público* não seria consequência de alguma peculiaridade verificável quanto ao próprio interesse, mas da supremacia estatal. Como o Estado é instrumento de realização de interesses públicos, tem de reconhecer-se que o conceito de *interesse público* é anterior ao conceito de interesse do Estado. JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de Interesse**.....p.117

²² *Ibidem* p. 116

²³ Para autores como Héctor Jorge Escola ele foi tomado, inclusive, como o fundamento do Direito Administrativo, como se observa em sua obra **El Interes Público como Fundamento Del Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1989.

entendimento, mas vários. A confusão sobre o que seja interesse público resulta do histórico processo de despatrimonialização e despersonalização do poder.

É por esse motivo que a definição do que seja concretamente *interesse público* é oferecida à luz do instituto jurídico analisado e do próprio sistema em que está inserido, não se encontrando expresso de maneira literal em nenhum documento²⁴.

Buscando uma origem etmológica tenta-se uma aproximação da noção de interesse público. Os dicionários vinculam a palavra “interesse” ao valor ou à importância que uma coisa ou bem tem para uma pessoa. “Interesse” deriva da forma verbal latina “interest”, que vem dos vocábulos “inter” e “esse”, que significam literalmente “estar entre”. Posteriormente, essa forma verbal se substantivou, passando a significar “aquilo que é importante”.

“Público”, por sua vez, refere-se ao que pertence ou interessa ao povo, à comunidade, ao Estado. O interesse, portanto, passa a ser público quando não é exclusivo ou próprio de uma ou de um grupo restrito de pessoas, mas quando dele participam um número tal de pessoas de uma comunidade determinada que podemos chegar a identificá-lo como de todo o grupo, inclusive daqueles que não compartilham desse interesse.

A maior parte dos doutrinadores tradicionais brasileiros, classificam o interesse público como a pedra basilar do regime jurídico administrativo, vez que contemplado por seus princípios estruturantes, quais sejam, segundo eles, a supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade do interesse público pela Administração.

Contudo, não existe entre os estudiosos um consenso da definição de interesse público. Como se verá, a noção de interesse público apresenta um conteúdo flexível, não havendo como definir seu sentido de uma forma rígida e invariável. É importante que assim o seja, para que o conceito acompanhe a evolução da sociedade. O que no passado foi considerado de interesse público pode não o ser hoje, da mesma forma que o que hoje não é conveniente ao interesse público talvez o seja no futuro.

²⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 65.

Assim, diferente de outros conceitos teóricos existentes no Direito, o interesse público, para ser decodificado, exige que se faça a análise do contexto em que está inserido, da época em que se discute, as metas que deve atingir, entre outras referências concretas.

Em função do seu alto grau de abstração, o conceito pode ser determinado de várias maneiras, de acordo com a ótica do seu aplicador. Dessa forma pode ser definido desde simplesmente como o interesse de uma determinada comunidade, ligado à satisfação das necessidades coletivas desta, o seu “bem comum”²⁵, ou ainda partindo de uma visão social como aquele “resultante do conjunto de interesses que os indivíduos têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem”²⁶.

O eminente professor Freitas do Amaral, ao tratar do tema assim conceitua o interesse público: “Numa primeira aproximação, pode definir-se o interesse público como o interesse colectivo, *o interesse geral de uma determinada comunidade, o bem-comum* – na terminologia que já vem desde São Tomás de Aquino, o qual definia bem-comum como “aquilo que é necessário para que os homens não apenas vivam, mas vivam bem””.²⁷

E partindo para a esfera jurídica, com base na obra de Jean Rivero, o interesse público é visto como uma satisfação por parte do poder público e da função administrativa, porque ele “representa a esfera das necessidades a que a iniciativa privada não pode responder e que são vitais para a comunidade na sua totalidade e para cada um de seus membros”²⁸.

Por tratar-se de um conceito jurídico indeterminado, é preciso que o significado de interesse público seja extraído dos princípios norteadores do ordenamento jurídico, e mais especificamente do regime jurídico administrativo. Ademais, deve ser visto adequadamente inserido em um contexto social, político e econômico.

Nesse sentido, também não deve ser tido como o interesse que se contrapõe aos interesses individuais, como era nos primórdios do Estado. O “interesse público”

²⁵ CAUPERS, João. **Introdução ao Direito Administrativo**. Lisboa: Ancora, 2003. p. 60.

²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso...** p. 53.

²⁷ Amaral, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**, Vol. II, Almedina, 2003. p.35.

²⁸ *Ibidem*, p.35.

deve sim se harmonizar com o direito individual, e não ser conceituado como uma categoria antagônica, apartada dos interesses privados²⁹. Mas também não pode ser entendido apenas como o somatório dos interesses individuais³⁰, pois não é simplesmente o interesse da maioria.

Mais ainda, como expõe Santos de Aragão³¹, numa sociedade complexa e pluralista não existe apenas um interesse público, mas vários, tais como preservação da saúde pública, maior liberdade de expressão, melhores meios possíveis de sustentação dos órgãos de imprensa, combate ao déficit público, melhoria e ampliação dos serviços públicos, dentre outros.

2.5 Espécies de Interesse público

Baseado em Carnelutti, Renato Alessi distingue os interesses públicos, entre interesses *primários e secundários*, segundo a qual o interesse público primário é o conjunto de interesses individuais preponderantes em uma determinada organização jurídica da coletividade, enquanto o interesse do aparelhamento organizativo do Estado seria simplesmente um dos interesses secundários que se fazem sentir na coletividade, e que eventualmente podem ser realizados, contanto

²⁹ Nessa esteira de raciocínio, Renato Alessi expõe que “o interesse geral não é, portanto, o interesse da comunidade como uma entidade distinta dos que a compõem e superior a eles; é muito mais simplesmente, um conjunto de necessidades humanas – aquelas a que o jogo das liberdades não prevê de maneira adequada e cuja a satisfação, todavia, condiciona a satisfação dos destinos individuais. A delimitação do que entra no interesse geral varia com as épocas, as formas sociais, os dados psicológicos, as técnicas; mas se o conteúdo varia o fim continua o mesmo: a acção administrativa tende à satisfação do interesse geral.” ALESSI, Renato *apud* NEQUETE, Eunice Ferreira. **Fundamentos Históricos do Princípio da Supremacia do Interesse Público**. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande Do Sul, Porto Alegre: 2005.

³⁰ Marçal Justen Filho observa que reduzir o interesse público ao somatório dos interesses privados seria o mesmo que reconhecer que não há diferença *qualitativa* entre eles, mas tão somente diferença *quantitativa*, de modo que o interesse público ficaria reduzido ao interesse da maioria. **Conceito de Interesse...** p.119.

³¹ O Autor aduz ainda que este fato levou ODETE MEDAUAR a observar que “a uma concepção de homogeneidade do interesse público, segue-se assim, uma situação de heterogeneidade; de uma ideia de unicidade, passou-se à concreta existência de multiplicidade de interesses públicos. A doutrina contemporânea refere-se à impossibilidade de rigidez na prefixação do interesse público, sobretudo pela relatividade de todo padrão de comparação. Menciona-se a indeterminação e dificuldade de definição do interesse público, a sua difícil e incerta avaliação e hierarquização, o que gera uma crise na sua própria objetividade. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo* in **“Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 6-7.

que coincidam com o interesse primário (sempre prevalente, quando em conflito com o secundário) e dentro dos limites da coincidência³².

Interesses primários são aqueles cuja definição cabe ao legislador, quando este reparte bens materiais e imateriais da sociedade, segundo uma escala de fins a que adere. Não são interesses puramente formais, mas conflitos trazidos à luz de um interesse, de uma necessidade coletiva que pode ser interpretada amplamente e sua definição compete aos órgãos do Estado no desempenho das funções política e legislativa³³.

Rogério Soares ensina que o interesse público primário trata-se do interesse público propriamente dito, ou seja, do interesse do todo social, da comunidade considerada por inteiro³⁴, inserido no ordenamento jurídico. E nas palavras de Luís Roberto Barroso “o interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade”³⁵.

Interesses secundários são aqueles inseridos nos interesses primários, cuja definição ainda cabe ao legislador, mas sua instrumentalidade é imediata, sendo sua satisfação pertencente à Administração Pública no desempenho da função administrativa. Seriam, pois, os interesses da própria pessoa jurídica da Administração Pública, a quem se imputa direitos e deveres, sendo desvinculados dos anseios do povo. São definidos por Luís Roberto Barroso como os interesses “da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica – quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas”³⁶.

³² ALESSI, Renato *apud* BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso...**p.114.

³³ SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. **Interesse Público, Legalidade e Mérito**. Coimbra: 1955. p. 101 e 102.

³⁴ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva: 2003, p.15.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Prefácio: o estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público in “Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. XIII.

³⁶ *Ibidem*, p. XIII

Diferenciam-se entre si, uma vez que os interesses primários são sentidos pelo legislador com toda a liberdade inerente à função legislativa, são deixados por ele indeterminados, como um padrão maleável de avaliação de outros interesses, enquanto que os interesses secundários são típicos, individualizados abstratamente pelo legislador como um elemento de integração desse interesse primário³⁷.

O interesse público de que trata o presente estudo será o chamado *interesse público primário*, material ou substantivo. Sua possível coincidência ou não com os interesses estatais não será aqui analisada, por envolver questões outras, de tal complexidade, que obrigariam a outra pesquisa.

2.6 Conceito Negativo

Definidas as espécies e para melhor caracterização do interesse público é necessário traçar um limite negativo do conceito, excluindo-se o que não pode ser definido como significado da expressão.

Como já dito, nem todo interesse do Estado é um interesse público³⁸. Não se confunde o interesse público com o interesse da Administração Pública. A expressão “*público*” refere-se aos beneficiários da atividade administrativa, não assim aos entes que a exercem. Tratam-se de categorias distintas, pois a Administração, na busca por seus interesses nem sempre visará ao interesse público, mas sim à sua própria manutenção, à solidez de seus recursos, dentre outros. A Administração é apenas a guardiã do interesse público.

É de se notar também que o interesse público não corresponda ao interesse da totalidade dos cidadãos que compõem determinada comunidade, os quais, em regra, colidem, pela própria característica de uma sociedade pluralista, como a atual. O interesse público é despersonalizado. Dar efetividade ao cumprimento do

³⁷ SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt, *Ob. cit.*, p. 107 e 108.

³⁸ Marçal Justen Filho afirma que “o interesse público não se confunde com o interesse do Estado, o interesse do aparato administrativo ou do agente público. É imperioso tomar consciência de que um interesse é reconhecido como público porque é indisponível, porque não pode ser colocado em risco, porque suas características exigem sua promoção de modo imperioso. JUSTEN FILHO, Marçal apud BORGES, Alice Gonzalez, **Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou Reconstrução** in Revista Diálogo Jurídico, Salvador, 2007

interesse público não é atender ao interesse comum de todos os cidadãos, mas beneficiar uma coletividade de pessoas que tenham interesses comuns, ainda que estes não correspondam à soma dos interesses individuais.

Ainda, o interesse público não se pode confundir com os interesses meramente privados. Não é o interesse do agente público que deva determinar as decisões administrativas, sob pena de o fazendo tornar-se inválido o ato.

Há muito, a doutrina busca evitar tal confusão através da noção de “desvio de poder”, que ocorre quando o agente “usar de seus poderes para prejudicar determinada pessoa ou para beneficiar a si próprio ou algum aliado político”³⁹. Se o ato administrativo for praticado com desvio de poder, deverá ser considerado inválido. Trata-se, portanto, de uma patologia que compromete a validade de atos administrativos que não possam ser justificados com fundamentos jurídicos, por se basearem unicamente em preferências pessoais.

Também não se deve entender o interesse público como sinônimo de interesse coletivo e interesse difuso, estes últimos são espécies, modalidades daquele. O interesse coletivo respeita ao grupo de pessoas determinadas ou determináveis, que se unem precisamente porque têm um interesse comum. É em regra indisponível e de objeto indivisível: ainda que o titular possa exercê-lo individualmente, não poderá fazê-lo de forma exclusiva, já que outros titulares usufruem do mesmo direito. O interesse difuso, por sua vez, também implica a indivisibilidade e indisponibilidade, entretanto se caracteriza pela indeterminação dos indivíduos que dele se beneficiam.

2.7 Determinação do Interesse Público no caso concreto

Em virtude do caráter flexível da noção de interesse público, dada a sua necessidade de acompanhamento da evolução da sociedade, a determinação do seu conceito deve ser obtida mediante a análise num caso concreto. Se fosse possível uma definição invariável de interesse público, certamente seria mais segura a utilização da expressão, contudo não seria operativa para dogmática jurídica.

³⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso...** p. 387.

Este conceito deverá, necessariamente, possuir uma abertura para se adequar às circunstâncias e momentos históricos, para não tornar-se um empecilho à Administração Pública. Ao mesmo tempo, sua indeterminação não pode ser tal que permita seu uso abusivo, devendo-se estabelecer limites para as escolhas da Administração. Dessa forma, somente uma definição que remeta a um procedimento de determinação do interesse público será capaz de equilibrar essa adaptabilidade com a possibilidade de estabelecimento de critérios de controle⁴⁰.

Assim, o interesse público será o resultado do procedimento da escolha da medida administrativa que melhor atenda a realização dos interesses coletivos e individuais na análise do caso concreto, observadas as peculiaridades da época em que tal procedimento é efetuado.

2.8 Multilateralidade e colisão de interesses públicos

Para se chegar a um conceito de interesse público que seja realmente correspondente ao pluralismo da sociedade contemporânea, é certo que ele precisa revelar a multiplicidade de interesses que devem ser levados em consideração, pelo agente público, no exercício da competência discricionária.

Alice González Borges observa que “na realidade moderna atual, tão rica e complexa, tão mutante e variada, deparamos, entretanto, com uma multiplicidade de interesses, igualmente públicos, igualmente primários, igualmente dignos e proteção, porém que assumem diferentes dimensões. Temos, por exemplo, interesses individuais também públicos, no mais elevado grau possível, porque correspondentes a direitos fundamentais; temos interesses transindividuais, coletivos e difusos, que frequentemente entram em conflito entre si”⁴¹.

⁴⁰ Iuri Mattos de Carvalho assevera que “Para se levar a sério a percepção de que o interesse público somente se verifica diante do caso concreto, deve-se considerar que o interesse público não é um dado *a priori*, que deveria ser comparado com a medida administrativa concreta, mas o resultado de um procedimento. Esse, por sua vez, é um método para se chegar à decisão, ou uma forma de se fundamentar, que atenda ao compromisso da Administração Pública com a realização dos direitos fundamentais.” CARVALHO, Iuri Mattos de. **“O Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado: Parâmetros para uma Reconstrução”** in Revista Diálogo Jurídico, Salvador, 2007, p. 9.

⁴¹ BORGES, Alice Gonzales. *Ob. cit.* p.13

É fato que essas relações multilaterais do Estado revelam que são muitos os interesses públicos reconhecidos pela Constituição como capazes de legitimar a atuação administrativa e que existem colisões entre os interesses públicos e entre esses e os interesses individuais que devem ser considerados para se estabelecer os limites da liberdade de escolha da Administração Pública.

Dessa forma, há uma necessidade extrema de ponderação entre os interesses em conflito, e, na expressão do Professor Gustavo Binenbojm, a tarefa da Administração constitui, “a busca do melhor interesse público”, ou seja, aquela “solução ótima que realize ao máximo cada um dos interesses em jogo”⁴².

3. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Após delimitar a definição de interesse público, deve-se trazer à baila a discussão acerca do princípio da supremacia do interesse público, objeto maior desse trabalho.

Sem dúvidas, a busca pela realização do interesse público é um compromisso indisponível da Administração Pública. No Direito Administrativo Brasileiro, ao interesse público é dado o tratamento de primazia frente ao interesse dos particulares. A função da supremacia teria um duplo efeito: o primeiro remete às prerrogativas do Estado, em especial ao atributo de imperatividade, que justifica a Administração Pública constituir obrigações unilaterais aos particulares e também modificar unilateralmente as obrigações já constituídas; o segundo vincula a atuação administrativa à exigência de legitimidade, pois as prerrogativas atribuídas à Administração pelo sistema jurídico condicionam-se à realização do interesse público.

Celso Antônio Bandeira de Melo além de sistematizar a superioridade do interesse público sobre o privado, proclamou como consequências desse princípio: a) a posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e

⁴² BINENBOJM, Gustavo. *“Da Supremacia do Interesse Público ao dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo”* in **“Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p.151

exprimi-lo nas relações com os particulares; b) a posição de supremacia do órgão nas mesmas relações⁴³.

Em virtude do conteúdo variado do conceito de interesse público e em decorrência de alguns desvios históricos no emprego da supremacia do interesse público por determinados governos, inclusive ditatoriais, ganha força uma visão crítica acerca do tema, a qual discute a própria viabilidade de se falar em princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

3.1 Origem

O Direito Administrativo Brasileiro tem como pilar, predominantemente, o Direito Administrativo Francês, que a partir da Revolução de 1789 apresenta-se com novo paradigma: o poder do Estado, antes identificado com o próprio soberano, é fracionado e atribuído a três órgãos distintos: Os Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo.

Influenciado pela busca de liberdade e por ideais liberais, nessa época nasce o Estado Liberal, em que era mínima sua interferência nas relações mantidas entre os particulares.

A partir do século XIX, principalmente pela observação das idéias iluministas, que o Estado deixou sua posição passiva frente aos interesses particulares, que se relegava à mera fiscalização, e passou a buscar a justiça social e o bem comum, verdadeiro papel do Estado.

Desde então o Estado tem que abandonar sua posição de mero espectador, passando a atuar no âmbito da atividade exclusivamente privada. Começam a surgir reações contra o individualismo jurídico, em decorrência das fortes transformações acontecidas nas ordens econômicas, social e política, ocasionadas pelos próprios resultados funestos daquele individualismo exacerbado.

Surge então o Estado Social que toma para si o encargo de satisfazer as necessidades coletivas e também de colocá-las a frente de toda a função administrativa. Nessa época ocorre a transição, em que o direito passa a ser visto

⁴³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso...** p. 54.

como meio para a consecução da justiça social, do bem-estar coletivo, do bem comum, deixando de ser mero instrumento de garantia de direitos individuais.

O Estado torna-se verdadeiro defensor do interesse coletivo e ao interesse público é conferido um *status* de supremacia. Em nome dessa primazia do interesse público ocorrem inúmeras transformações, como ampliação das atividades assumidas pelo Estado para atender às necessidades coletivas, com a ampliação do conceito de serviço público. Ocorrem mudanças também com o poder de polícia do Estado, que passa a impor obrigações positivas, deixando de impor apenas obrigações negativas. Além disso, também ampliou seu campo de atuação, passando a abranger a ordem econômica e social, além da ordem pública⁴⁴.

No plano constitucional surgem novos preceitos que revelam a interferência estatal no direito de propriedade e na vida econômica, tais como as normas que condicionam o uso da propriedade ao bem-estar social; as que permitem a desapropriação para a justa distribuição da propriedade e as que reservam para o Estado a propriedade e a exploração de determinados bens, como minas e demais riquezas do subsolo. Também os interesses difusos como meio ambiente, e o patrimônio histórico e artístico começam a ter tratamentos diferenciados do Estado.

3.2 Fundamentos do Princípio da Supremacia do Interesse Público

Como do Direito Administrativo Brasileiro é de elaboração pretoriana, não sendo codificado, os princípios representam um importante papel nessa seara do direito, possibilitando à Administração Pública e ao Judiciário definir o equilíbrio entre os direitos dos particulares e as prerrogativas da Administração.

Como já descrito anteriormente, a maior parte dos estudiosos tradicionalistas brasileiros⁴⁵ afirmam que no Brasil, o Direito Administrativo se constrói sobre os

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 76

⁴⁵ Vale aqui ressaltar os ensinamentos de Marçal Justen Filho, que afirma que segundo a concepção prevalente no Brasil, o regime jurídico de direito público, que preside o direito administrativo, define-se pela supremacia do interesse público e por sua indisponibilidade pela administração. Segundo o autor o interesse privado não pode prevalecer sobre o público, razão pela qual a supremacia do interesse público significa sua superioridade sobre os demais interesses existentes na sociedade. Já a indisponibilidade é uma decorrência da supremacia, indicando a impossibilidade

princípios da supremacia do interesse público e o da indisponibilidade do interesse público pela Administração⁴⁶.

Segundo esses Autores, esse princípio é pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam se sentir garantidos e resguardados⁴⁷, se considerado os diversos grupos econômicos, culturais e ideológicos com demandas múltiplas, conflitantes e por vezes antinômicas. Asseguram que da superioridade do interesse da coletividade decorre sua prevalência sobre o interesse do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último⁴⁸.

Os defensores do princípio indicam a necessidade de autoridade da Administração como fundamento das prerrogativas públicas embasadas na supremacia do interesse público. Seria, pois, um pressuposto lógico do convívio social, inerente a qualquer sociedade⁴⁹ e deve inspirar tanto o legislador quanto vincular a autoridade administrativa em toda sua atuação. A supremacia do interesse público não seria, assim, um privilégio da administração, mas sim uma garantia dos administrados de que o seu patrimônio comum será gerido de acordo com as finalidades eleitas pela coletividade.

Invocando os ensinamentos de Garcia de Enterría, Alice Gonzalez Borges revela que cabe à Administração Pública no seu cotidiano, num primeiro momento, interpretar o interesse público, para aplicá-lo às hipóteses da realidade. Num

de sacrifício ou transigência do interesse público. Afirma que para os defensores desse entendimento, a supremacia e a indisponibilidade do interesse público vinculam-se diretamente com o princípio da República que impõe a distinção entre a titularidade e o exercício do interesse público. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo, Saraiva: 2005. p. 35.

⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso...** p 47

⁴⁷ Ibidem, p. 60.

⁴⁸ O administrativa Cretella Júnior aduz que: “Êste princípio, *princípio da supremacia do interesse público*, que informa todo o direito administrativo, norteando a ação dos agentes na edição dos atos administrativos e dos órgãos legiferantes nos processos normogenéticos, de maneira alguma é *princípio setorial*, típico, específico do direito administrativo, porque é comum a todo o direito público, em seus diferentes desdobramentos, já que se encontra na base de toda processualística, bem como na raiz do direito penal e do constitucional.

Não há lei que não atenda ao interesse coletivo; não há processo que não procure concretizar o equilíbrio social, dando razão a quem tem, mediante a efetivação de medidas indiscriminatórias, que afastam a pretensão pessoal, quando esta não coincide com o ideal-arquétipo de justiça eleito pela coletividade a que pertençam os demandantes; não há, mesmo nos atos administrativos de caráter individual, a ausência da supremacia do público sobre o privado.” CRETILLA JÚNIOR, José. **Princípios informativos do direito administrativo**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

⁴⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso...** p. 87.

momento posterior, cabe ao Judiciário, em juízo de legalidade, examinar o preenchimento desse conceito jurídico indeterminado em consonância com as Leis e a Constituição⁵⁰.

Marçal Justen Filho ensina que “afirmar sua supremacia corresponde a reconhecer natureza instrumental aos poderes titularizados pelo Estado e agentes públicos. O exercício das competências públicas se orienta necessariamente à realização do referido interesse público. Isso significa que a interpretação de todas as normas atributivas de poder funda-se em diretriz hermenêutica fundamental, afetando todas as relações jurídicas contidas no âmbito do Direito Administrativo. A construção doutrinária que privilegia o interesse público representa uma evolução marcante em direção à democratização do poder político”⁵¹.

3.3 Supremacia do Interesse Público e Soberania Popular

Certos defensores da primazia dos interesses públicos frente aos interesses dos particulares vislumbram que a vontade geral popular, definida como aquela que representa o bem-estar geral de uma coletividade, é que determina o interesse público que deve ser atendido pela ação do Estado.

Assim, defendem que a supremacia do interesse público é reflexo do princípio da soberania popular, consagrado no parágrafo único do Artigo 1º da Constituição da República de 1988: todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos diretamente, nos termos da Constituição.

Nessa esteira de raciocínio estaria amparado o princípio democrático difundido no ordenamento jurídico de que o governo “é do povo, pelo povo e para o povo”⁵²,

⁵⁰BORGES, Alice Gonzalez. *Ob. cit.* p. 5.

⁵¹JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de Interesse...** p. 115-116.

⁵² Segundo José Afonso da Silva, “Governo *do povo* significa que este é fonte e titular do poder (todo poder emana do povo), de conformidade com o princípio da soberania popular que é, pelo visto, o princípio fundamental de todo o regime democrático. Governo *pelo povo* quer dizer governos que se fundamenta na vontade popular, que se apoia no consentimento popular; governo democrático é o que se baseia na adesão livre e voluntária do povo à autoridade, como base da legitimidade do exercício do poder, que se efetiva pela técnica da representação política (o poder é exercido em nome do povo). Governo *para o povo* há de ser aquele que procure liberar o homem de toda imposição autoritária e garantir o máximo de segurança e bem-estar. SILVA, José Afonso da. **Curso**

reforçando a ideia de que à Administração está apenas legitimada a cumprir os interesses previamente definidos em lei⁵³.

Nos dizeres de Hidemberg Alves da Frota, “quando predomina o interesse público, prevalece a soberania popular. A busca do agente público pelo bem-estar geral da sociedade exalta a ânsia do povo pelo aprimoramento do ambiente em que vive, de seus pares, de si próprio e das instituições estatais. Fazer valer o interesse público significa priorizar a vontade do povo. Quando o agente público deixa de visar ao interesse público, afronta a ordem jurídica, despoja-se do dever de servir à sociedade. Incorre em ilegalidade mancomunada com ilegitimidade. Além de fraudar o Direito – máxime o Direito Legislativo – trai o povo”⁵⁴.

Assim, para os defensores dessa ideia, o princípio da soberania popular é indissociável do princípio da supremacia do interesse público, vez que se o agente público transgredir a finalidade da norma jurídica estará desmerecendo a confiança depositada pelo povo no Poder Público para concretização do interesse público⁵⁵.

de Direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 135.

⁵³ Para Digo de Figueiredo Moreira Neto, “a legitimidade deriva-se diretamente do princípio democrático, informando a relação entre a vontade geral do povo e as suas expressões política, administrativas e judiciárias. Ela é captada a partir dos debates políticos pelos instrumentos de participação política dispostos pela ordem jurídica, e, daí, impregnando toda a estrutura do Estado democrático, passa a ser necessariamente informativa, em maior ou menor grau, de toda ação, conforme o grau de discricionariedade de decisão aberto pela Constituição e pelas leis do País, aos legisladores, administradores ou juízes”. Ressalta o autor que historicamente a legitimidade precedeu a legalidade e por vezes a legalidade foi ilegítima e a legitimidade foi ilegal, “até que se fez sentir uma novíssima necessidade social” de conciliar os dois institutos pela submissão de todos os processos políticos ao Direito. “ Com a consciência desse fundamental interesse foi possível estrutura-se uma organização política submetida simultaneamente à lei – o Estado de Direito – e ao interesse social prevalecente – o Estado Democrático de Direito – fundidos no conceito constitucionalizado do Estado Democrático de Direito”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo *apud* FROTA, Hidemberg Alves da. **O princípio da Supremacia do Interesse Público no Direito Comparado: Expressão do Interesse Geral da Sociedade e da Soberania Popular.** Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. XLV – n.º 1 e 2: Coimbra Editora, 2004. p. 238.

⁵⁴ *Ibidem* p. 237.

⁵⁵ *Ibidem* p. 238.

3.4 Críticas

Apesar de no Brasil a maioria da doutrina⁵⁶ sustentar a existência de uma primazia do interesse público sobre o particular, existem posições divergentes, que recentemente têm ganhado força.

A adequação do princípio da supremacia do interesse público foi expressamente questionada em 1998 por Humberto Bergmann Ávila, que em seu artigo denominado *Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*⁵⁷, iniciou um importante debate acerca do tema.

Fundamentando sua crítica, o Autor estabelece as definições preliminares a partir das quais situa o tema: princípio como axioma, princípio como postulado e princípio como norma. Axioma denotaria uma proposição cuja veracidade é admitida por todos, não necessitando e nem podendo ser comprovada. Postulado, como condição de conhecimento de determinado objeto, e postulado normativo, como condições de possibilidade de conhecimento do fenômeno jurídico. Por fim, princípio jurídico ou norma-princípio, como norma de otimização concretizável em diferentes graus, que necessita e permite ponderação.

A importância e a descrição do princípio não são contestadas por Ávila. Pelo contrário, haveria plena adequação do interesse público para a dogmática do Direito Administrativo. O problema estaria no seu funcionamento tal como está enunciado. O Autor não pretende negar a importância do interesse público no Direito Administrativo, mas tão-somente sua supremacia.

Para o Autor “ o importante é que uma relação de prevalência (“Vorrangrelation”) entre as normas-princípios só pode ser determinada em casos concretos, quando a norma-princípio com peso respectivo maior sobrepõe-se, momento em que se estabelece uma relação de prevalência condicional (“bedingte Vorrangrelation”) entre as normas-princípios envolvidas [...]”⁵⁸.

⁵⁶ Representada pelos administrativistas Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella di Pietro e o constitucionalista José Afonso da Silva, dentre outros.

⁵⁷ ÁVILA, Humberto Bergamann. *Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”* in **“Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. p. 171-215. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

⁵⁸ Ibidem p. 181

Para Humberto Bergmann Ávila, “o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular pressupõe a verificação de algumas condições, sem as quais ele não pode ser havido como uma condição necessária à explicação do ordenamento jurídico (postulado normativo): o interesse público deve ser descrito ou explicável separadamente no interesse privado, ou ser dele dissociável, para que possa ser concebida, ainda que abstratamente, uma posição de supremacia em favor do primeiro; a relação bipolar entre os citados interesses deve ser de significado geral e fundamental para a explicação do Direito Administrativo, a qual pressupõe uma relação Estado-cidadão; o interesse público deve ser determinável normativa e objetivamente, mesmo no caso concreto, sob pena de ser insustentável uma supremacia intersubjetivamente controlável”⁵⁹.

Gustavo Binenbojm também adota a mesma linha de pensamento. Indaga o autor sobre qual seria a justa medida da prevalência de um interesse público sem que haja a remoção total do interesse privado. Afirma ele que “o referido princípio, porquanto determine a preferência absoluta ao interesse público diante de um caso de colisão com qualquer que seja o interesse privado, independentemente das variações presentes no caso concreto, termina por suprir os espaços para ponderações”⁶⁰.

Não se pode questionar a pertinência das críticas sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. O interesse público não é absoluto, conforme o regime de Direitos Fundamentais adotado pela Constituição de 1988 e, portanto, não prepondera, automaticamente, sobre os interesses privados. Como os Direitos Fundamentais não são absolutos, o interesse público também não pode ser. Nessa esteira, afirma Alexandre Santos Aragão que “não há um interesse público abstratamente considerado que deva prevalecer sobre os interesses particulares eventualmente envolvidos”, concluindo que “a tarefa regulatória do Estado é bem mais complexa do que a singela formulação de uma “supremacia do interesse público”⁶¹.

⁵⁹ Ibidem p. 207

⁶⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Ob. cit.* p.143. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005

⁶¹ ARAGÃO, Alexandre Santos. *Ob. cit.* p. 04.

Paulatinamente, a posição de supremacia do interesse público tem sido modificada, a partir da compreensão de que o interesse público deve ser ponderado quando em conflito com interesses privados, especialmente quando esses interesses privados envolvam Direitos Fundamentais. O professor Paulo Ricardo Schier explicita que “um último grupo de colisão entre interesses públicos e privados, (...) deverá ter solução remetida à ponderação de princípios (ou valores) diante do caso concreto, através não de mediação legislativa, mas sim jurisdicional (levando-se em conta, sempre, critérios de proporcionalidade e razoabilidade). Aqui o juiz, em face de cada caso concreto, deverá, sem adotar nenhum critério de preferência predeterminado, decidir, em face dos diversos elementos que integram o âmbito normativo de cada preceito em conflito, qual deverá prevalecer”⁶².

Em função da grande diversidade de conteúdos que o conceito de interesse público comporta, Fábio Medina Osório reconhece uma dificuldade no tratamento do tema. Apesar de reafirmar a supremacia, o autor entende que seria ela uma norma constitucional direcionada especificamente ao controle das atividades públicas, contudo não acarretando “um privilégio da Administração Pública em detrimento dos interesses dos particulares (propriedade, liberdade)”⁶³. Ressalta que “a verdade é que a supremacia do interesse público sobre o privado não traduz possibilidade de arbítrio para os agentes públicos e tampouco significa que a Administração Pública possa atuar com a mesma liberdade conferida aos particulares, ao contrário, (...), traduz limitações ainda mais rígidas à atividade administrativa”⁶⁴.

A expressão supremacia do interesse público aponta para uma superioridade, prevalência ou preferência geral de todo interesse público sobre todo interesse qualificado como particular, razão pela qual OSÓRIO sugere uma inadequação

⁶² SCHIER, Paulo Ricardo. *Ensaio sobre a Supremacia do Interesses Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais* in: SARMENTO, Daniel (org). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse público**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 236.

⁶³ OSÓRIO, Fábio Medina. **Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro?** In Revista do Direito Administrativo. São Paulo: 2000. p. 73.

⁶⁴ Ibidem p. 89.

terminológica, afirmando que a supremacia não é o termo mais adequado para indicar o princípio⁶⁵.

Para Odete Medauar, o princípio da prevalência do interesse público sobre o particular aparece como princípio do direito público em geral, regendo muitos institutos e normas do Direito Administrativo. Contudo, vem sendo matizado pela idéia de que à Administração cabe realizar a ponderação dos interesses presentes numa determinada situação, para que não ocorra sacrifício *a priori* de nenhum interesse. O objetivo dessa função está na busca pela conciliação dos interesses com a minimização de sacrifícios. O princípio da proporcionalidade define também o sentido absoluto do preceito, porque implica, entre outras decorrências, a busca da providência menos gravosa na obtenção de um resultado⁶⁶.

3.5 Teoria da Ponderação dos Direitos Fundamentais

Em seu *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Robert Alexy destaca que o princípio da proporcionalidade indica critérios para análise da decisão administrativa⁶⁷. Quando a decisão da Administração Pública é praticada para a realização de direitos fundamentais, a medida deve obedecer ao princípio da proporcionalidade, seguindo seus critérios de adequação, necessidade e ponderação (proporcionalidade em sentido estrito).

Em breve síntese pode-se dizer que a medida administrativa somente será adequada se demonstrado que é efetivamente capaz de alcançar os resultados pretendidos. Já o critério da necessidade exige que não exista nenhuma outra medida administrativa que, de modo menos gravoso, possa alcançar resultado semelhante.

⁶⁵ “De qualquer modo, não poderia ser mais apropriado, em meu juízo, o debate em torno ao papel e à funcionalidade do interesse público no Direito Administrativo brasileiro, na medida em que a terminologia empregada – princípio da supremacia do interesse público sobre o privado–, a indeterminação do termo (interesse público) a importância e atualidade do tema, recomendam, sem dúvida, o aprofundamento de estudos e de polêmicas”. Ibidem p. 107:

⁶⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

⁶⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. 2ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 111-115.

A adequação e a necessidade são critérios que levam em consideração as possibilidades fáticas, são questões de provas e dados técnicos. Não tratam de ponderação, mas procuram evitar restrições desnecessárias de direitos fundamentais⁶⁸.

Atendidos os critérios de adequação e necessidade, deve-se partir para a ponderação, com o objetivo de sopesar a restrição aos direitos fundamentais em virtude das possibilidades jurídicas existentes. A ponderação deve ser realizada em três momentos, identificados a seguir.

Inicialmente é preciso identificar os direitos fundamentais em colisão, sejam coletivos ou individuais. Devem ser considerados apenas os interesses que enquadram-se no rol de direitos fundamentais, descartando interesses coletivos e privados que não se encaixem naquele perfil, em razão de tratar-se de método de vinculação da atuação administrativa aos direitos fundamentais.

Dáí é possível verificar que a exigência de fundamentação constitucional dos direitos e interesses em conflito, evitando falsos problemas de ponderação, que podem ocorrer no momento em que se consideram interesses não tutelados juridicamente.

Identificados os direitos fundamentais em conflito, deve-se atribuir a cada um deles a importância que merecem, tendo em vista as circunstâncias do caso. Nessa etapa, devem ser formulados argumentos jurídicos em favor de determinados interesses individuais ou coletivos, levando-se em consideração que a restrição a um direito fundamental somente se justifica pela importância do cumprimento de outro⁶⁹. Simultaneamente, é preciso observar que a omissão na realização da medida implicaria em violação do dever da Administração Pública de proteção de algum direito fundamental⁷⁰.

⁶⁸ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 132.

⁶⁹ A teoria dos princípios, por si só, não poderá auxiliar na construção de argumentos jurídicos que possam justificar a prevalência de alguns direitos fundamentais sobre outros. Alexy trata da “lei de ponderação”, nos seguintes termos: “Quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”. ALEXY, Robert. *Ibidem*. p. 133.

⁷⁰ Alexy, rebatendo críticas de Jurgen Habermas ressalta a “regra da desproporcionalidade”. Segundo o autor “uma intervenção em um direito fundamental é desproporcional se ela não é justificada com isto, que a omissão dessa intervenção seria uma intervenção, pelo menos, do mesmo modo intensiva na realização de um outro princípio (ou do mesmo princípio em outros sentidos ou

Por fim, deve-se decidir sobre a prevalência de um direito fundamental frente ao outro, com base nos fundamentos e justificativas encontrados nas etapas anteriores, bem como nas circunstâncias relevantes do caso. Essa decisão serve de parâmetro para a análise da validade do ato administrativo, não existindo prevalência abstrata de um ou outro direito.

3.6 Limitações ao Princípio da Supremacia do Interesse Público

Mesmo para os defensores da supremacia do interesse público sobre o privado, é nítida a existência de certas limitações a tal princípio. Ainda que pareça conflitante, existem ocasiões que o interesse privado, a princípio, parece sobrepujar o público. Para os agentes da administração pública, a supremacia deve coincidir com dois outros princípios que regem a atividade administrativa: o princípio da finalidade e o princípio da impessoalidade.

Para os particulares, de outra parte, a supremacia do interesse público sobre o seu interesse particular somente será admissível nos termos da Constituição da República, porque dela emanam os fins a serem realizados pelo Estado e por suas administrações públicas, em todos os níveis em que sejam exercidas, bem como aqueles fins com os quais o povo e suas instituições deverão, ou poderão, participar.

Ainda, é necessário conceber a dignidade da pessoa humana como valor de maior hierarquia nas sociedades contemporâneas. Ou seja, o princípio da supremacia do interesse público só poderá ser invocado quando submisso ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois é inconcebível que se sacrifique a dignidade de um único homem a pretexto de realizar o interesse público.

Na própria definição do conceito de supremacia, encontram-se limites ao princípio. Ao considerar como dignos de supremacia somente os interesses públicos primários, percebe-se que a pregada supremacia não é ilimitada.

com vista a outras pessoas)”. É o por vezes acontece no caso da preservação do patrimônio cultural. O dever da Administração depende de medidas que restringem o direito de propriedade. Contudo, se a restrição ao direito fundamental à propriedade não for realizado, o direito fundamental à preservação do patrimônio cultural poderia ser violado. *Ibidem*, p. 114.

Ademais, se de um lado existe necessidade de autoridade da Administração como fundamento das prerrogativas públicas embasadas na supremacia do interesse público, de outro surge a necessidade de preservar a liberdade do indivíduo, impondo-se limitações aos agentes públicos. Destaca-se aí o princípio da legalidade, para submeter os exercentes do poder em concreto a um quadro que impeça favoritismos, perseguições e desmandos.

Questão importante e que merece destaque no presente estudo é a discussão da chamada “politização do interesse público”. Apesar dos esforços para impedir a ocorrência dessa anomalia, por vezes as ações dos governantes são focadas exclusivamente em seus interesses pessoais, num claro desvio de finalidade da função pública.

Sobre o tema, Luís Filipe Colaço Antunes afirma que “a ausência de um conceito substancial de interesse público, aliada a inexistente densificação da sua natureza jurídica, caminham a par da sua mistificação e também da sua dissolvência nas mãos de uma Administração entendida subjectivamente. A tal ponto tem sido assim, que, não raras vezes, em nome do interesse público, os entes públicos procuram justificar acções e actuações (de parte) nem sempre lícitas ou legítimas”⁷¹.

4. O TRATAMENTO DO INTERESSE PÚBLICO EM PORTUGAL

4.1 Princípio da Prossecução do Interesse Público

Só se pode compreender o Direito Administrativo e a Administração Pública com fundamento à ideia de interesse público, sendo este quem norteia os atos da Administração. Contudo, em Portugal não é dado o tratamento de primazia ao interesse público, assim como acontece no Brasil.

⁷¹ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *“Constituição, Administração e Interesse Público. O Entorno ao Momento Originante ou o Estado contra a Administração”* in **Evolução constitucional e perspectivas futuras nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001. p. 513.

O verdadeiro orientador da Administração Pública no direito português é o princípio da prossecução do interesse público⁷², vez que esta realiza todas as suas ações com este objetivo, o de satisfazer as necessidades coletivas. Esta é a carga ética desse princípio: a prossecução de valores, de vantagens e desvantagens a todo membro de uma comunidade política e social.

Assim, no Direito Administrativo, a relação entre administrador público e particulares exige um tratamento jurídico próprio, diferente do aplicado às relações travadas entre si pelos particulares. Existe, portanto, um conjunto de prerrogativas e restrições que a Administração está sujeita, constituindo o regime jurídico-administrativo⁷³.

Caracterizado a autonomia do Direito Administrativo por seu regime jurídico-administrativo, ele nos fornece alguns princípios fundamentais para a gestão da *res publica*, dentre eles o objetivo inafastável de qualquer ato administrativo: a prossecução do interesse público.

4.2 Definição do Princípio

O princípio da prossecução do interesse público manifesta-se de variadas formas pelos órgãos e atos administrativos em prol da coletividade, sendo vinculado na relação Administração-particulares, como o exercício de um benefício para a sociedade, mas que, por vezes, poderá acarretar alguma restrição a interesses restritos, privados individuais ou de grupos.

⁷² O Artigo 266 da Constituição da República Portuguesa estipula:

“Administração Pública - Artigo 266.º (Princípios fundamentais)

1. A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa fé.”

Disponível em www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao, acesso em 17/12/2008.

Tal princípio também está expresso no Código do Procedimento Administrativo:

“Artigo 4º

Princípio da prossecução do interesse público

Compete aos órgãos administrativos prosseguir o interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.”

Texto retirado do Decreto-Lei n.º 442/91.

⁷³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso...** p. 66.

Este princípio, expresso como fio condutor da Administração Pública, orienta a função administrativa de forma que esta não possa modificar nem decair dos interesses públicos cuja prossecução a lei lhe confiou, sendo seu dever concretizá-la pelos meios legais, possíveis e eficientes a que tenha acesso⁷⁴. E como esta é uma função secundária do Estado, ela se submete a diversas normas e princípios de Direito, sendo o de maior incidência o princípio da legalidade.

Por força da separação de poderes do Estado, cabe ao Legislativo definir os interesses públicos a serem perseguidos e executados pela Administração Pública. Dessa forma garante-se aos cidadãos que seus interesses estejam legalmente assegurados, sem deixar margem de escolha ou de prossecução de quaisquer outros interesses para a administração senão aqueles legalmente estabelecidos.

Deve-se afirmar, então, que o interesse público a ser perseguido deve ser o do cidadão, voltado ao bem comum e não o interesse da Administração como seu próprio.

Como se vê, o princípio da prossecução do interesse público é delimitado pelo princípio da legalidade, vez que a definição dos interesses públicos que serão buscados pela Administração cabe somente à lei. Por estar vinculada, a administração deve identificar a necessidade a ser atendida e definir o melhor processo coletivo a ser aplicado para a satisfação da demanda.

Como a lei não definiu os parâmetros para esse processo no caso concreto, cabe à Administração fazê-lo livremente. Por isso, o princípio da prossecução do interesse público assume um duplo alcance. Primeiro, determina que a administração somente pode prosseguir o interesse público, proibindo de prosseguir, ainda que secundariamente, interesses privados. Segundo, significa que a administração somente está apta a prosseguir aqueles interesses públicos devidamente estabelecidos por lei para cada concreta atuação administrativa normativamente habilitada⁷⁵.

⁷⁴ CAUPERS, João. *Ob. cit.* p. 61.

⁷⁵ SOUZA, Marcelo Rebelo de e MATOS, André, *Ob. cit.* p. 205.

4.3 Consequências do Princípio da Prossecução do Interesse Público

A concretização desse princípio pela Administração Pública implica em diversas consequências ao Direito Administrativo, das quais sete são tidas por Freitas do Amaral como relevantes e a seguir são destacadas.

A primeira destas consequências é que somente à lei pode definir os interesses públicos, sendo defeso tal definição à Administração Pública, exceto se a lei a habilitar, dando-lhe competência para concretizar certo tipo de conceitos indeterminados⁷⁶. Essa imposição traz à tona a vinculação desse princípio ao princípio da legalidade, manifestando ainda o princípio da separação de poderes do Estado além de revelar certa influência do poder legislativo sobre a atuação administração.

A segunda relaciona-se diretamente com a primeira, em virtude de ser o interesse público um conceito de conteúdo variável, não podendo, assim, ser definido de maneira rígida, inflexível, esgotada. A Administração Pública ao longo de sua atuação, desde que permitida por lei, pode e deve, em função de seu dever de prestação, adaptar as necessidades locais aos interesses previamente definidos por lei.

A terceira consequência está num verdadeiro “dever de agir” da Administração Pública. Uma vez que os interesses estão definidos eles devem ser obrigatoriamente perseguidos pela Administração, não podendo declinar de tal atribuição e nem vindo a escolher uma finalidade diversa daquela a que está vinculada⁷⁷.

A quarta consequência demonstra a vinculação desse princípio ao princípio da especialidade. A prossecução do interesse público delimita a capacidade jurídica e a competência dos órgãos que a executam. Dessa forma, o princípio da especialidade impõe à estrutura administrativa do Estado sua existência

⁷⁶ Segundo Freitas do Amaral “a concretização de certos conceitos indeterminados, traduzindo numa verdadeira intervenção constitutiva dos órgãos administrativos na concretização dos pressupostos que formam a hipótese legal, demonstra que a Administração pode, em certa medida, co-determinar o próprio interesse público que lhe cabe realizar”. AMARAL, Diogo Freitas. *Ob. cit.* p. 36.

⁷⁷ ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o direito privado. Contributo para o estudo da actividade de direito privado na Administração Pública**. Almedina, 1999. p.171.

especialmente para os fins que reconhecem sua personalidade e que o exercício de suas funções deve alinhar-se à sua finalidade, qual seja, a prossecução de um interesse público⁷⁸.

A quinta afirma que o interesse público é o “*motivo principalmente determinante*” dos atos administrativos. Dessa forma, se algum órgão da Administração Pública praticar algum ato que não seja aquele determinado em lei, ou venha escolher uma satisfação que não possua interesse público, estará agindo ilegalmente e sua execução restará viciada por “*desvio de poder*”⁷⁹.

A sexta consequência revela-se nos casos em que a Administração Pública age com o mencionado “desvio de poder”, visando atender um interesse privado em detrimento do interesse público. Nesses casos, entende-se que o agente ou órgão administrativo que assim proceder incorre em corrupção estando sujeitos às sanções penais e administrativas cabíveis⁸⁰.

Como ressalta Maria João Estorninho⁸¹, essa consequência não é restrita às funções públicas do Estado, incidindo também na atuação privada da Administração. Quando esta encontra ou necessita do auxílio de meios privados para a execução de sua função administrativa, deve se pautar pela mesma finalidade: prossecução do interesse público. Assim, tanto no exercício de uma função inteiramente pública quanto no exercício de uma função pública que envolva um particular, o motivo determinante desse ato continua a ser definido pelo interesse público. E se por qualquer motivo haja distorção no desempenho dessa função, seus executores atentam contra a legalidade e estão sujeitos às penalidades cabíveis.

A sétima e última consequência elencada por Freitas do Amaral remete ao princípio do dever de boa administração. Ao prosseguir o interesse público a Administração deve adotar as melhores soluções para o caso concreto, ponderando elementos técnicos e financeiros para sua execução⁸².

⁷⁸ Ibidem. P. 201.

⁷⁹ AMARAL, Diogo Freitas. *Ob.cit.* p. 37

⁸⁰ Ibidem, p. 37 e 38.

⁸¹ ESTORNINHO, Maria João. *Ob.cit.* p.172.

⁸² AMARAL, Diogo Freitas. *Ob.cit.* p. 38

4.4 Princípios Relacionados

À função administrativa não cabe qualquer ato decisório na escolha dos interesses públicos, mas tão-somente concretizá-los. E como essa é uma função secundária do Estado, ela está subordinada a várias outras normas e princípios do Direito, em especial o princípio da legalidade.

Para a prossecução do interesse público, a lei estabelece regras que a administração deve obedecer. Mas o simples respeito a essas regras somente delimita o espaço de decisão da Administração, não determinando a decisão administrativa. “Isto significa que a legalidade não garante a boa administração: somente autoriza um conjunto de decisões conformes à lei, de entre as quais algumas serão, naturalmente, melhores do que outras”⁸³.

Em razão de caber à Administração a melhor forma de alcançar o interesse público, percebe-se que a ela é dada certa margem de discricionariedade. Inerente a esta margem de discricionariedade da prestação estatal está o dever de boa administração⁸⁴.

Como é um princípio de Direito Público, a prossecução do interesse público é imprescindível para a Administração e traz consigo dois outros princípios que merecem especial destaque, quais sejam: o princípio da legalidade e o princípio do respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares.

4.5 O Princípio da legalidade e a margem de livre decisão administrativa

Como se viu, o princípio da prossecução do interesse público está intimamente ligado ao princípio da legalidade, sendo por esse delimitado. Sendo assim, são cabíveis algumas considerações acerca desse relevante princípio.

⁸³ CAUPERS, João. *Ob. cit.* p 61 e 62.

⁸⁴ Freitas do Amaral ensina que mais que um princípio a boa administração é um dever do Estado. Um dever jurídico imperfeito, em razão de não existir sanção prevista para o caso de seu descumprimento, mas é o dever da Administração prosseguir ao bem público comum da forma mais eficiente possível. AMARAL, Diogo Freitas do. *Ob. cit.* p. 39

O princípio da legalidade é “toda zona da decisão administrativa em que esta é suscetível de um juízo de conformidade ou desconformidade com o bloco legal⁸⁵. Ele concretiza o Estado de Direito e exprime a subordinação jurídica da administração pública. Tal subordinação apresenta duas diferentes dimensões: uma veda à administração que contrarie o direito vigente, prevalecendo o direito em caso de conflito com o ato administrativo; a outra exige a atuação administrativa fundamentada numa norma jurídica, já que esta norma será a definidora do ato passível de ser executado; as dimensões acima descritas são, respectivamente, a preferência de lei e a reserva de lei⁸⁶.

Freitas do Amaral define o princípio, de acordo com as concepções mais modernas, da seguinte forma: “os órgãos e agentes da Administração pública só podem agir com fundamento na lei e dentro dos limites por ela impostos”⁸⁷, ou em outras palavras, a Administração só pode fazer aquilo que a legislação lhe permita.

Também o princípio da legalidade impede a Administração de invadir a esfera dos particulares ou prejudicar os seus direitos, podendo estes recorrer ao poder judicial para fazer valer os seus direitos legalmente protegidos, com a preocupação de conferir aos cidadãos as garantias jurídicas na aplicação do direito administrativo, tendo as leis como fundamento e limite de todas as atividades administrativas.

Dentro dos limites fixados à sua ação, a Administração Pública é muitas vezes investida pela lei de um espaço de autonomia. Essa autonomia implica numa parcial autodeterminação administrativa que consiste na margem de livre apreciação administrativa. Existem duas formas de margem de livre decisão: a discricionariedade e a margem de livre apreciação.

Para fundamentar a margem de livre decisão existem tanto argumentos jurídicos quanto políticos. No plano jurídico, a base da margem de livre decisão é a lei. No plano político as razões são duas: primeira uma limitação prática da função legislativa, dando abertura a favor da administração para que possa adaptar o sentido normativo aos casos concretos e às evoluções tecnológicas, económicas,

⁸⁵ CAUPERS, João. *Ob. cit.* p. 62.

⁸⁶ SOUZA, Marcelo Rebelo de e MATOS, André. *Ob. cit.* p. 157.

⁸⁷ AMARAL, Diogo Freitas do. *Ob. cit.* p. 42.

sociais e culturais; a segunda em função do princípio da separação de poderes enquanto critério de distribuição racional das funções do Estado pelos seus órgãos, conduzindo assim à limitação da densidade normativa e a uma margem de liberdade da administração em face do legislador⁸⁸.

Existe uma consequência crucial da margem de livre decisão: não existe controle judicial no seu âmbito. Não quer dizer que os atos praticados ao abrigo da margem de livre decisão não possam ser objeto do controle, resumindo-se apenas ao respeito pelas vinculações normativas e pelos limites internos da margem de livre decisão, não sendo possível na medida da liberdade⁸⁹.

Tal consequência mais uma vez consagra o princípio da separação de poderes. Existindo o controle judicial da margem de livre decisão, o Judiciário estaria exercendo a função administrativa, resultando assim numa dupla administração. Se o legislador permitiu ao Executivo a ponderação e utilização da margem de livre decisão é porque o julgou mais preparado para o ofício, razão pela qual não faz sentido que o Judiciário exerça tal poder – mesmo porque não é especificamente preparado para o ato.

Mas a livre decisão não é ilimitada à Administração. A própria ideia de “margem” deixa claro o curto espaço disponível para atuação administrativa. Os limites da margem de livre decisão podem ser de dois tipos, conforme sua origem: as vinculações legais que são “estabelecidas pelas próprias normas que conferem a margem de livre decisão ou por normas que sejam contextuais em relação a elas e dizem respeito a requisitos de legalidade específicos de determinada conduta administrativa e os limites imanentes da margem de livre decisão, que decorrem de normas que, pelo seu âmbito de operatividade, incidem sobre todo e qualquer exercício da margem de livre decisão, independente das normas que a conferem ou de outras com ela conexas”⁹⁰.

Percebe-se assim que o princípio da prossecução do interesse público é um dos limites imanentes da margem de livre decisão, posto que a busca pela satisfação do

⁸⁸ SOUZA, Marcelo Rebelo de e MATOS, André. *Ob. cit.* p. 62

⁸⁹ *Ibidem* p. 182-184.

⁹⁰ *Ibidem* p. 199.

interesse decorre diretamente de determinação legal, sendo defeso qualquer escolha nos interesses públicos a prosseguir.

4.6 Princípio do respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares

Neste princípio reside a diferença primordial no tratamento do interesse público pelo Direito Português, quando comparado ao Direito Brasileiro. O artigo 266, 1 da Constituição da República Portuguesa e o artigo 4º, 2 do Código do Procedimento Administrativo, demonstram uma nítida preocupação do legislador em não inferiorizar as posições jurídicas dos particulares em face da prossecução do interesse público.

Pela inteligência do texto normativo, percebe-se que a prossecução do interesse público não tem um valor ou alcance ilimitado. Não há dúvidas de que se deva prosseguir o interesse público, mas deve-se respeitar, simultaneamente, os direitos subjetivos e os interesses legalmente protegido dos particulares⁹¹.

Contudo, o objetivo deste princípio não é o de impedir toda e qualquer afetação administrativa das posições jurídicas dos particulares, mas sim sua afetação com desobediência dos parâmetros de juridicidade da atuação administrativa. Desse modo, não são admissíveis as afetações que contrariam a lei ou que não estejam legalmente habilitadas.

⁹¹ Para Freitas do Amaral “está aqui retratada a essência do Direito Administrativo, que se caracteriza pela necessidade permanente de conciliar as exigências do interesse público com a garantia dos particulares.” Salienta o autor que “durante muito tempo, pensou-se que a única forma de assegurar o respeito pelos direitos subjetivos e pelos interesses legalmente protegidos dos particulares seria proclamar e garantir o princípio da legalidade. Respeitando a legalidade, a Administração pública automaticamente respeitaria os direitos e interesses dos particulares. (...) Hoje, porém, vai-se mais longe. Embora o princípio da legalidade continue a desempenhar essa função, o certo é que se conclui entretanto que não basta o escrupuloso cumprimento da lei por parte da Administração pública para que simultaneamente se verifique o respeito integral dos direitos subjetivos e dos interesses legalmente protegidos dos particulares.” Cita como exemplos dessas outras formas de proteção o estabelecimentos da possibilidade de suspensão jurisdicional da eficácia do ato administrativo, quando da execução daquele possam resultar prejuízos de difícil reparação para o particular (cfr. LEPTA, artigos 76 e ss.); a concessão aos particulares de direitos de participação e informação, no procedimento administrativo, antes de tomada a decisão final (cfr. CPA, artigos 100 e ss.); imposição expressa do limite do respeito pelos direitos, liberdades e garantias individuais dos cidadãos às atividades de natureza policial, inclusive quando tiverem por objeto a prevenção de crimes contra a segurança do Estado (cfr. CRP, artigo 272º, n.º 3); dentre outros. AMARAL, Diogo Freitas do. *Ob. cit.* p. 62 e 63.

Como afirma Marcelo Rebelo de Souza, “o princípio da protecção das posições jurídicas subjectivas dos particulares tem especial relevância ao nível da imparcialidade e da proporcionalidade: a dimensão positiva do princípio da imparcialidade impõe que as posições jurídicas subjectivas dos particulares sejam ponderadas entre si e com interesses públicos em presença para a decisão do caso concreto; o princípio da proporcionalidade proíbe que, como resultado dessa ponderação, se adoptem meios de prossecução do interesse público que lesem de forma inadequada, desnecessária ou desrazoável as posições jurídicas subjectivas dos particulares.”⁹²

5. CONCLUSÕES

Em tempos passados, quando ainda não existia o Estado de Direito, confundia-se interesse público com interesse do soberano. Com o desenvolvimento político, ficou clara a noção de que o titular do interesse público é a sociedade, e não o Estado. Afinal, o Estado é o instrumento por meio do qual se realizam os interesses públicos.

Juridicamente o titular do interesse público é o povo, a sociedade, no todo ou em parte. No Brasil, afirma-se que o princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público é o alicerce fundamental do Direito Público, sendo suficientes para legitimar as decisões tomadas pelos administradores.

O princípio da supremacia do interesse público, tal qual está descrito no ordenamento jurídico brasileiro, abre margens para que o exercente do poder político nele se refugie com o escopo de evitar o controle de atos que violem garantias constitucionais dos cidadãos.

E como afirma Marçal Justen Filho, “fundamentar decisões no interesse público produz a adesão de todos, elimina a possibilidade de crítica. Mais ainda, a invocação do interesse público imuniza as decisões estatais ao controle e permite que o governante faça o que ele acha deve ser feito, sem a comprovação de ser

⁹² SOUZA, Marcelo Rebelo de e MATOS, André. *Ob. cit.* p. 208.

aquilo, efetivamente, o mais compatível com a democracia e a conveniência coletiva”⁹³.

Nessa linha de raciocínio, a chamada supremacia do interesse público somente tem sentido a partir da manutenção das garantias jurídico-políticas do cidadão, sob pena de tudo ser permitido, desde que seja da conveniência do Estado⁹⁴.

Atualmente, não há espaço para uma supremacia abstrata e absoluta do interesse público, sendo necessária uma redefinição do princípio. Como já dito, os interesses públicos e privados não são forças contrárias, mas sim complementares. Por isso, o tratamento de primazia dado ao interesse público não se justifica, porque sua prossecução está no mesmo patamar de outras garantias, não podendo prejudicar os interesses individuais nem ferir outros preceitos constitucionais de cunho subjetivo.

O verdadeiro interesse público é indissociável dos interesses que o compõem⁹⁵. Nos dizeres de Luís Roberto Barroso “o interesse público se realiza quando o Estado cumpre satisfatoriamente o seu papel, mesmo que em relação a um único particular”⁹⁶.

A tradicional compreensão do princípio da supremacia do interesse público pode proporcionar que o instituto funcione como uma verdadeira cláusula geral de restrição dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, olvidando seus limites e distorcendo o regime constitucional dos direitos fundamentais.

Não há que se falar, assim, em uma presunção *a priori* de supremacia, se a Constituição da República não a estabelece expressamente. Pelo contrário, a Carta Constitucional garante simultaneamente tanto a garantia dos interesses individuais quanto a garantia do interesse coletivo.

⁹³ JUSTEN FILHO, Marçal apud BORGES, Alice Gonzalez. *Ob. cit.*

⁹⁴ Caso não sejam garantidos esses direitos aos particulares, poder-se-ia, num exemplo extremo, utilizar provas ilícitas na investigação, como a tortura, porque, eventualmente, conveniente ao Poder Público, na busca da apuração da verdade, à luz de seu interesse supremo.

⁹⁵ Como aduz Humberto Ávila, “o interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira, que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado (p. ex. preâmbulo e direitos fundamentais)”, ou ainda como resume Gustavo Binbenojm, “a satisfação de um representa igualmente o sucesso do outro”. ÁVILA, Humberto Bergmann. Apud BINENBOJM, Gustavo. *Ob. cit.* p.141/142.

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Ob. cit.* p xv.

O único fundamento plausível, que justifica a habitual (não a abstrata) prevalência do interesse público, é para a manutenção do mínimo de estabilidade e ordem necessárias para a vida em sociedade.

Ainda quando referida supremacia do interesse público se manifesta, constitucionalmente, legalmente ou mediada pelo juiz, como critério de solução de colisão de interesses ou bens constitucionais, ela não poderá ser absoluta, tendo que ser utilizada como medida de ponderação. Acompanhando o raciocínio da tese de Humberto Bergmann Ávila, parece mais correto que o discutido princípio é uma regra de preferência e não de primazia.

O moderno direito administrativo reconhece, respeita e protege, com apropriadas medidas compensatórias, o interesse individual que legitimamente se contraponha ao interesse da maioria da sociedade, tal como estabelecido na Constituição e nas leis. Por vezes o particular se vê obrigado a um sacrifício de direitos em benefício do interesse da coletividade. Contudo, esse sacrifício só será legítimo se houver previsão legal e minuciosa e fundamentada motivação, convertendo-se o direito sacrificado em justa indenização.

Na sistemática brasileira a tarefa é mais simples quando o conflito abrange direitos fundamentais cuja prevalência é ditada pelo texto constitucional. A Constituição brasileira consagrou os direitos fundamentais consubstanciados como cláusulas pétreas contra a ação do próprio constituinte derivado, tornando-os portanto, valores morais superiores ao próprio Estado.

Corroborando esse entendimento, Paulo Ricardo Schier aduz que “quando a Constituição, por decorrência do princípio do Estado de Direito, da legalidade e da separação dos poderes, pretende fazer com que os interesses do Estado, primários ou secundários (aqui não importa) prevaleçam sobre os privados, normalmente se refere direta ou indiretamente a isso. O Estado necessita de tal autorização para que possa agir e realizar os seus interesses. Os direitos privados, ao contrário, presumem-se realizáveis independentemente de prévia autorização constitucional. É assim que funciona nos Estados Democráticos de Direito. Deste modo, a

*ponderação constitucional prévia em favor dos interesses públicos é antes uma exceção a um princípio geral implícito de Direito Público*⁹⁷.

Ao mesmo tempo em que a Constituição contempla direitos fundamentais, também pressupõe algumas restrições ao seus exercícios em função de outros direitos, como ainda em razão de objetivos e desejos da coletividade. A tarefa do Estado, enquanto legislador e Administrador, é atuar como intérprete e realizador dos direitos, efetuando as necessárias ponderações entre interesses conflitantes.

Nas palavras de Gustavo Binjenbojn: “o melhor interesse público só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que permita a realização de todos eles na maior extensão possível. O instrumento deste raciocínio ponderativo é o postulado da proporcionalidade”⁹⁸.

Entretanto, nem todos os interesses individuais têm berço constitucional, mas ainda assim se faz necessária a ponderação na busca da plena e efetiva realização do próprio interesse público, na sua real dimensão.

Dá não fazer sentido uma supremacia do interesse público prévia e abstratamente estabelecida, por afastar em si o processo de ponderação, restringindo as alternativas dos interesses privados que se fizerem presentes em prováveis conflitos.

Pelo que se percebe de tudo o que foi exposto, a ideia de supremacia abstrata do interesse público é ultrapassada, pois referia-se a antiga formação do Estado. Com a modernização da estrutura estatal, a atividade administrativa, mais que do que instrumento de definição autoritária do direito aplicável, solidifica a ideia de que deva funcionar como um mecanismo de composição de interesses, e que os órgãos decisores devem buscar a melhor maneira para atender aos interesses em jogo, preservando-os⁹⁹.

Na verdade, o conceito da supremacia do interesse público no Brasil não possui mais a antiga valoração. Há, ainda que de forma não explícita, uma aproximação muito maior do tratamento dado no ordenamento português ao Princípio do

⁹⁷ SCHIER, Paulo Ricardo. *Ob. cit.* p. 234.

⁹⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Ob. cit.* p.167

⁹⁹ Cfr. SILVA, Vasco Pereira da. **O Contencioso...** p. 158.

respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares, do que propriamente uma soberania absoluta e abstratamente considerada.

Em virtude disso, há de ser revisto o tratamento dado ao interesse público no Brasil frente ao interesse dos particulares, no sentido de adequá-lo à atual forma de estrutura estatal, bem como para demonstrar a inexistência de inferioridade das posições jurídicas dos particulares em face ao interesse público, quando abstratamente considerados.

Por isso, concorda-se com Marçal JUSTEN FILHO, para quem importa revisar os pressupostos e as formas de abordagem do direito administrativo. E um dos possíveis novos eixos desse ramo jurídico decorreria de tese defendida pelo autor, que prega a *personalização do direito administrativo*, ao revelar que o núcleo da disciplina jurídica “não é o poder (e suas conveniências), mas a realização do interesse público - entendido como afirmação da supremacia da dignidade da pessoa humana”.

Veja bem. O que se pretende nesse estudo é tão-somente apontar parâmetros para redefinição do conceito do princípio da supremacia do interesse público, de forma a limitar sua utilização, evitando sua aplicação de maneira desvirtuada.

Assim, é preciso aperfeiçoar os institutos para tornar mais eficazes as formas de controle da Administração e tornar mais efetiva a proteção dos particulares. Dessa forma, evitar-se-á o abuso de poder por parte dos agentes públicos e, por via de consequência, dos agentes políticos. Somente assim dar-se-á mais um passo em direção à efetividade do Estado Democrático de Direito, rumo ao futuro e sonhado Estado de Justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 2ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica – Pensamento formal e argumentação – Elementos para o discurso jurídico*. Bauru-SP. Edipro: 2000.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, 2003.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *Constituição, Administração e Interesse Público. O eterno Retorno ao Momento Originante ou o Estado Contra a Administração in Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976. Evolução Constitucional e Perspectivas Futuras*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001. p. 505-560.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo in “Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 1-23.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *“Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular” in “Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 173-216.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Discrecionalidade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Prefácio: o estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público in “Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. *“Da Supremacia do Interesse Público ao dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo” in “Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 117-171.

BORGES, Alice Gonzalez, *Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou Reconstrução in Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Iuri Mattos de. “O Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado: Parâmetros para uma Reconstrução” *in* Revista Diálogo Jurídico, Salvador, 2007.

CAUPERS, João. Introdução ao Direito Administrativo. Lisboa: Ancora, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. Princípios informativos do direito administrativo. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. São Paulo. Atlas: 2001.

____ Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2001.

____ Inovações no direito administrativo brasileiro. **Interesse Público**, Porto Alegre, a. 6, n. 30, p. 48, mar./abr. 2005.

ENTERRÍA, Eduardo García de. La Lucha Contra las Inmunidades del Poder. Madri: Civitas, 1995.

____ e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo I. Madri: Civitas, 2000.

ESCOLA, Hector Jorge. El Interes Público como Fundamento Del Derecho Administrativo. Buenos Aires: Depalma, 1989.

ESTORNINHO, Maria João. A Fuga para o direito privado. Contributo para o estudo da actividade de direito privado na Administração Pública. Almedina, 1999.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2008.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003.

FRIEDRICH, Carl. **O interesse Público**. (Org.) Trad. de Edílson Alkmin Cunha. São Paulo: O Cruzeiro, 1967.

FROTA, Hidemberg Alves da. O princípio da Supremacia do Interesse Público no Direito Comparado: Expressão do Interesse Geral da Sociedade e da Soberania Popular. Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. XLV – n.º 1 e 2: Coimbra Editora, 2004.

- GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva: 2003.
- GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. São Paulo, Malheiros, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural na Esfera Pública*. Investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo, Saraiva: 2005.
- _____. O conceito de interesse público e a “Personalização” do Direito Administrativo. Revista Trimestral de Direito Público 26/1999, São Paulo, Malheiros, p. 115-136.
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MACHADO, João Baptista. Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador. Coimbra: Almedina, 1996.
- MACHETE, Rui Chancerelle de. *Conceitos Indeterminados e Restrições de Direitos Fundamentais por via Regulamentar in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha*. Coimbra Editora, 2005.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo I – Preliminares. O Estado e os Sistemas Constitucionais. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- MORENO, Fernando Sainz. Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa. Madrid: Civitas, 1976.
- NEQUETE, Eunice Ferreira. Fundamentos Históricos do Princípio da Supremacia do Interesse Público. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande Do Sul, Porto Alegre: 2005.
- OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? In Revista do Direito Administrativo. São Paulo: 2000.

SADER, Emir. Para outras democracias, capítulo 15 in SANTOS, Boaventura de Souza (org.) Democratizar a democracia. Os caminhos da democracia participativa. Porto: Edições Afrontamento, 2003.

SANTI ROMANO. Princípios de Direito Constitucional Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SARMENTO, Daniel. *“Interesses Públicos versus Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional”* in *“Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público”*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 171-216.

SCHIER, Paulo Ricardo. *“Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos direitos Fundamentais”* in *“Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público”*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 217-246.

SILVA, Danielle Souza de Andrade. *Atividade administrativa discricionária e determinação do conceito de interesse público* in **Revista ESMAFE**: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n. 6, p. 199-214, abr. 2004.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Vasco Pereira da. Em Busca do Acto Administrativo Perdido. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise. Coimbra: Almedina, 2009.

SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. Interesse Público, Legalidade e Mérito. Coimbra: 1955.

SOUSA, Antônio Francisco de. “Conceitos Indeterminados” no Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 1994.

SOUSA, Marcelo Rebelo de e MATOS, André Salgado de. Direito Administrativo Geral. Tomo I – Introdução e Princípios Fundamentais. Lisboa: Dom Quixote, 2006.

VILANOVA, Lourival. Causalidade e Relação no Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

**A ATUAL COMPREENSÃO DO CONCEITO DE PODER DE POLÍCIA
ADMINISTRATIVA SOB A PERSPECTIVA DE NOVOS ELEMENTOS**

ANA LUIZA DOMINGUES DE SOUZA LEAL

1 INTRODUÇÃO

O trabalho que se segue constitui o relatório final da investigação realizada no âmbito da disciplina de Direito Administrativo, sob a regência do Professor Doutor Vasco Pereira da Silva, no Curso de Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Políticas, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano letivo 2008/2009.

O tema proposto foi eleito dentro do quadro geral da disciplina – *Direito Administrativo Sem Fronteiras* e versa sobre “A Atual Compreensão do Conceito de Poder de Polícia Administrativa sob a Perspectiva de Novos Elementos”.

A justificativa do presente trabalho partiu, inicialmente, da curiosidade em investigar quais as novidades e modernas discussões que envolvessem o temário *poder de polícia*. Num primeiro momento, pretendia trazer casos específicos e mais ligados à questão da segurança pública, até porque me sentia muito mais próxima dessa abordagem em razão da minha experiência profissional, porquanto atuante na esfera criminal do Ministério Público no Brasil.

No entanto, com o desenrolar das leituras, o horizonte do temário foi se alargando e alcançando imensuráveis proporções, diante do que, já apaixonada pelo tema, vivenciei a angústia de eleger os contornos que efetivamente pretendia

conferir a esta investigação. Assim, fascinada pelas atualidades que envolvem o assunto, optei por propor um desafio, qual seja, o de buscar a atual compreensão do poder de polícia administrativa e os elementos que necessariamente devem integrar esse quicá “novo conceito” a ser desvendado.

Quanto à estratégia, o relatório está estruturado, basicamente, em quatro partes. Após a introdução e justificativa da temática proposta, a primeira parte trata da contextualização sistêmica do poder de polícia administrativa. A segunda parte versa sobre os elementos teóricos mínimos para a pré-compreensão do tema, onde será realizada uma breve abordagem sobre a questão terminológica, origem e evolução do conceito sob a perspectiva clássica do poder de polícia (examinando-se o seu fundamento, principais manifestações, críticas e normatizações), para, após, na terceira parte, revisitar as características do poder de polícia (pretendendo-se demonstrar o que está em desacordo com o pensamento do direito administrativo moderno, o que merece ser repensado e as principais discussões travadas na atualidade, pontualmente, sobre elementos dele integrantes). A partir disso, através da eleição de elementos considerados de maior relevância para o conceito que se buscará construir, passa-se para a quarta parte, a qual é composta pelos cinco elementos que se sustenta integrantes para a atual compreensão do poder de polícia administrativa sob uma lógica sistemática dentro do direito administrativo que se pretende plural e global, quais sejam: 1) poder de polícia administrativa à luz da nova leitura do princípio da legalidade; 2) à luz do primado dos direitos fundamentais; 3) à luz da proporcionalidade (considerada em sua dupla face); 4) à luz do princípio constitucional/administrativo da prevenção e, 5) novos paradoxos relativos ao poder de polícia administrativa e a busca da sua sistematização, tudo isso sob o signo da “Administração Prestadora e Interveniente” (“dupla dimensão” do poder de polícia – incluindo-se a dimensão positiva) e da “Administração Ordenadora”. Por fim, se passará às conclusões que as páginas que seguem nos permitiram alcançar nesse breve estudo.

Desde o início, cumpre alertar que o que se pretende no presente escrito não é a realização de uma análise essencialmente comparativa entre o poder de

polícia no direito português e no direito brasileiro (embora, em alguns pontos, foi imprescindível fazê-la, até mesmo para fins de ilustração e melhor compreensão). O que se teve em mente aqui foi, através da demonstração dos clássicos entendimentos sobre poder de polícia e de sua evolução, questionar se esse “poder” estava sendo, com aquela tradicional roupagem, capaz de acompanhar a evolução dos tempos, do direito administrativo, dos novos direitos e com vistas à preservação das presentes e futuras gerações. Tudo isso sempre compreendido dentro de uma lógica sistêmica e global e não de um ou outro ordenamento jurídico.

Por fim, mais um alerta mostra-se necessário. O trabalho não tratará sobre segurança pública (essa será compreendida como parcela do poder de polícia) e tampouco tratará sobre o poder de polícia judiciária e sobre o direito regulador. O tratamento que se pretende abordar refere-se ao poder de polícia *administrativa* e suas implicações numa ótica globalizada.

O objeto central deste relatório constitui-se, portanto, em responder aos seguintes questionamentos: a) se o conceito tradicional de poder de polícia é suficiente para atender às atuais necessidades dos administrados e b) ou, em não sendo, quais os elementos que devem integrar esse conceito.

Assim, se buscará responder aos questionamentos supradestacados através da demonstração dos aspectos clássicos do poder de polícia, das novas tendências relativas a esse temário, para se chegar aos elementos que necessariamente devem integrar a nova compreensão que se pretende estimular a fim de reconstruir tão debatido e significativo conceito.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO SISTÊMICA DO PODER DE POLÍCIA

Com vistas a evitar qualquer confusão conceitual acerca do tema proposto, convém alertar que embora seja corrente associar o vocábulo *polícia* à segurança pública, o que se pretende colocar em foco é o *poder de polícia administrativa* que, em sentido próprio, não detém direta relação com aquela (o que será oportunamente examinado)¹.

Pretende-se, com o presente estudo, suscitar o convite à reflexão para um contributo ao conceito de poder de polícia, ou seja, a um novo desafio compreendido dentro da noção de sistema e do direito administrativo global.

A atualidade do tema, logicamente, não precisa de reivindicação, uma vez que a permanência da Administração como um dos entes de maior significância no Estado moderno, deve ser observada à luz do fenômeno da chamada “reforma do Estado”, cuja universalidade de propósitos inclui² uma nova compreensão do poder de polícia administrativa³.

O estudo do poder de polícia tem-se revelado um dos temas mais debatidos na doutrina jurídica administrativista hodierna. A justificativa, deve-se, em grande medida, ao fato de vivermos hoje, sob a égide do Estado Democrático (e Social) de Direito que se diz “amigo dos direitos fundamentais”, os quais deve promover e proteger. E, por consistir esse “poder” em atividade da Administração que, essencialmente limita as liberdades dos cidadãos, denota-se a relevância de uma nova compreensão, à luz de progressiva revisão de seu conceito clássico e sua

¹ MAFFINI, Rafael da Cás. **Direito Administrativo**. 2.ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 70.

² MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. O poder de polícia da administração e sua delegação (da impossibilidade do exercício do poder de polícia pelo ente privado). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 47, nov. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=455>. Acesso em: 30 jan. 2009, p. 01.

³ A título de localização, cumpre referir, conforme ensinamentos de Bruno Miragem que a “idéia que presidiu o fundamento de legitimação do Estado, qual seja, o de organizar a convivência social a partir da restrição a direitos e liberdades absolutas, em favor de um interesse geral, que outorgou ao Estado a prerrogativa de indicar qual este interesse geral e, na sua proteção exigir determinadas condutas do indivíduo, ou mesmo restringir o conteúdo de determinados direitos a

sincronia alicerçada no primado dos direitos fundamentais e de elementos que lhe merecem ser integrantes⁴.

Sustenta-se, em face disso, que falar em poder de polícia não significa, apenas, tratar-se de mera faculdade estatal, porquanto, trata-se, acima de tudo, de responsabilidade perante os cidadãos. O exercício do poder vincula e responsabiliza, uma vez que no Estado Democrático, os direitos fundamentais não se traduzem em singelas ou estritas expressões de contrapartida dos direitos atribuídos ao Poder Público: configuram autênticos direitos fundadores do Estado. Por isso, nas relações de Direito Administrativo, os direitos fundamentais devem ser precipuamente promovidos e preservados. Sacrifícios razoáveis, por boas razões, mostram-se até admissíveis, desde que não resultem do arbítrio supostamente “legalizado” pela ordem vigente⁵

Nessa altura, insta mencionar que o primeiro passo a ser perseguido pelos aplicadores da ciência jurídica, é o emprego de uma *visão sistemática do direito*, ou seja, a adoção de uma compreensão do direito visto como um todo, de modo sistêmico, em que se pretenda buscar a vontade axiológica do sistema⁶, à luz dos ditames constitucionais, mediante o uso da hermenêutica jurídica. Assim, o *sistema jurídico* deve ser compreendido como uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição⁷.

⁴limites que permitam o respeito a garantia deste interesse genérico, a que hoje chamamos apropriadamente de *interesse público*”.MIRAGEM, *Op. Cit.*,p. 02.

A esse respeito, Juarez Freitas atribui ao fato de que “na era marcada por agudas transformações de parâmetros e conceitos, o reconhecimento do peso decisivo dos direitos fundamentais implica uma consistente e progressiva revisão das categorias clássicas”, FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 3.ed., rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 238.

⁵ Cf.*Idem. Ibidem*, pp. 238-239.

⁶ Expressão utilizada por FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3.ed., Porto Alegre: Malheiros Editores, 1995, p. 26.

⁷ Cf. *Idem.Ibidem*, p. 54.

Almeja-se, portanto, buscar uma definição ao novo conteúdo do que se convencionou denominar de “poder de polícia administrativa” (tomado em sentido amplo e distanciando-se, portanto, do poder de polícia legislativo – que abrange atos do Poder Legislativo) e os desafios e problemáticas que esta nova realidade envolve sob a perspectiva do direito administrativo moderno.

3 ELEMENTOS TEORÉTICOS MÍNIMOS PARA A PRÉ-COMPREENSÃO DO TEMA

3.1 Breve evolução do Poder de Polícia Administrativa

“A história do desenvolvimento social é a História do poder, um atributo da vontade, conatural ao homem, fenômeno original das sociedades e vetor da socialização.

Porque existe o poder, emerge, em contrapartida, a permanente necessidade de segurança individual ou coletiva na convivência psicológica com o meio humano, ou seja, na convivência entre as pessoas, o que se torna tanto ou mais essencial quanto a segurança na convivência física com o meio ambiente”⁸.

Já afirmava Otto Mayer que “a noção de polícia tem uma história cheia de vicissitudes”⁹. Por tal razão, constitui aspecto sempre relevante no estudo sobre o poder de polícia, o destaque relativo ao seu traçado evolutivo, porquanto tais antecedentes históricos revelam-se indispensáveis para a hodierna compreensão do tema.

No entanto, conforme bem observa Jorge Miranda, a temática do Direito de Polícia, setor especial dentro do Direito Administrativo, não tem recebido, em Portugal, a atenção que merece¹⁰.

⁸ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo: novas considerações (avaliação e controle das transformações). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, jun. a ago., 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 07 de janeiro de 2009, p. 04.

⁹ MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán**: Poder de Policía y Poder Tributário. Tomo II, Parte Especial. 2.ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, [s.d.]. p. 3 (tradução livre).

¹⁰ MIRANDA, Jorge (regência). Estudos de Direito de Polícia. In: SEMINÁRIO DE DIREITO ADMINISTRATIVO de 2001/2002. **Anais....** Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2003.v.1, p. 5.

A evolução acerca da compreensão do poder de polícia representa, inegavelmente, um avanço na cultura cívica democrática, máxime diante da imperiosa necessidade de respeito e preservação dos direitos fundamentais, vinculativa a todos os entes estatais.

Para que se possa compreender o sentido da polícia, seja como problema ou como solução, mister rememorar, de forma sintética, o quadro de fundo que o envolve. Assim, há que se fazer uma breve incursão histórica sobre a transição do Estado Absoluto para o Estado constitucional, representativo ou de direito; sobre a transformação do princípio da legalidade e o surgimento do princípio da constitucionalidade e, após, sobre a alteração das relações entre Constituição e lei e entre direitos fundamentais e lei¹¹.

Tal necessidade justifica-se porque “desde tempos imemoriais, o Poder Público interfere autoritariamente no agir dos indivíduos” controlando e dirigindo esse agir. Levou-se um tempo, até que se pudesse entender a distinção entre essa atividade e outras manifestações estatais. Pensava-se que o termo “poder de polícia” poderia abarcar todas as manifestações estatais. Assim, gradativamente, foram sendo excluídas as ações de manter relações internacionais, administrar a justiça e as finanças, até que a expressão acabasse reservada *às imposições sobre a vida privada*¹².

Com efeito, o Estado Absoluto predominou na Europa desde o século XVI até finais do século XVIII e inícios do século XIX. Esse tipo histórico de Estado era caracterizado pela máxima concentração do poder nas mãos do Rei, onde a sua vontade era lei e as regras jurídicas definidoras de poder eram tidas como exíguas, vagas, parcelares e de parca produção escrita. A fase final do Estado Absolutista corresponde, contudo, ao denominado “Estado de Polícia”¹³. Nesse período, o Estado realizava uma intromissão opressiva na vida dos particulares. A partir daí, o sentido amplo de polícia passou a ceder espaço à noção de Administração

¹¹ MIRANDA, Jorge. **Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais**. Estoril: Editora Principia, 2006, p. 451.

¹² SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 09.

¹³ Cf. MIRANDA, Jorge. **Escritos...Op. Cit.**, p. 452.

Pública, momento em que a polícia passou a ser vista como uma parte da atividade desta, destinada a manter a ordem, a tranquilidade, a salubridade e o uso livre das coisas públicas. O “Estado- Polícia” *significava um poder ilimitado, valendo-se do Direito para controlar a sociedade, ordenando e coagindo, sem sujeitar-se a ele*¹⁴.

Com as revoluções liberais, abriu-se caminho para o Estado de Direito e o princípio da legalidade foi elevado a princípio básico, estabelecendo-se, juridicamente, a separação de poderes, como salvaguarda da liberdade. A partir disso, novas fases assentaram-se na relação entre autoridade e cidadão. A liberdade e a propriedade transformaram-se em direitos subjetivos públicos, constituindo um espaço de autonomia frente à atuação governamental. A consagração constitucional dos direitos individuais teve como consequência uma severa restrição à interferência estatal. Todavia, liberdade e propriedade careciam de regulamentação legal a fim de compatibilizar o exercício de todos os direitos. Essa regulamentação denota dois momentos distintos, ou seja, um momento em que se disciplinou o relacionamento entre o titular do direito e os outros particulares (realizado pelo direito civil, que definiu, por exemplo, o direito de propriedade) e outro momento em que ocorreu a ordenação da convivência entre o particular e o Estado e sua consequente limitação (realizada através da aplicação da lei pela Administração Pública)¹⁵.

Nessa quadra de idéias, Jorge Miranda refere que a atividade da polícia reflete-se na efetivação ou não dos direitos, liberdades e garantias. E preleciona que, “Versando sobre direitos, liberdades e garantias, nenhuma Constituição deixa de ter implicações no domínio da polícia, enquanto atividade e enquanto organização – a polícia que, em geral, há de propiciar a segurança sem a qual esses direitos não podem ser exercidos, e a polícia que pode projetar-se sobre os comportamentos de determinadas pessoas em determinadas circunstâncias”. “...Se a polícia deve ser, em Estado de Direito, uma antepara desses direitos, por vezes – como sucede de resto, com qualquer expressão de poder, sobretudo de poder dotado de fortes meios de coerção, pode converter-se em ameaça ou em

¹⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. Cit.*, p. 09.

¹⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. Cit.*, p. 10.

instrumento de lesão dos mesmos direitos. E, como ‘contra o poder só o poder’ (já dizia Montesquieu...), tudo está em criar formas de enquadramento e de controle que evitem quaisquer abusos”¹⁶.

É neste mesmo tom que Otto Mayer, ao dispor sobre a noção de polícia no direito atual, asseverava que “a polícia é a atividade do Estado que tem por fim a defesa da boa ordem da coisa pública, mediante os recursos do poder de autoridade, contra as perturbações que as existências individuais podem ocasionar”¹⁷.

Contudo, conforme ensinamentos de Caio Tácito, “se o direito individual tem como limite natural o direito de outrem, cumpre ao Estado o dever de garantir o equilíbrio da ordem coletiva contra os excessos do individualismo. Nasce, por essa forma, o poder de polícia, que exprime, em sua origem clássica, o implemento do *dever geral de não perturbar* que se superpõe como limite à liberdade individual”. Ainda, no traçado evolutivo, ultrapassaram-se sucessivamente as etapas que, no plano constitucional, “partiram da consagração dos direitos civis e políticos para acrescer os direitos sociais do homem e afinal acolher os direitos coletivos sem dono certo, os chamados direitos difusos. Em suma, a extensa avenida que vai do cidadão ao consumidor. Em cada uma dessas fases, em que se aperfeiçoa a busca da fidelidade ao princípio democrático, o poder de polícia é um meio indispensável de ação dos governantes na prática do dever de boa administração”¹⁸.

¹⁶ MIRANDA, Jorge. **Escritos...** *Op. Cit.*, p. 457.

¹⁷ MAYER, Otto. *Op. Cit.*, p. 8 (tradução livre).

¹⁸ TÁCITO, Caio. Princípio da Legalidade e Poder de Polícia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 227:39-45, jan./mar. 2002. No mesmo sentido, acerca do dever “inato” e “preexistente do súdito” de não perturbar (realizado pela polícia), Otto Mayer destaca que se trata não apenas de um dever moral, mas também de natureza jurídica. Para tanto, prossegue o autor; “o caráter jurídico especial que agora chamamos de polícia, o que distingue suas instituições de todas as outras do direito administrativo, é justamente a existência de um dever geral preexistente, dever que somente a polícia tem que realizar e fazer valer”. Assevera, ademais que “a polícia, da mesma forma que qualquer outra atividade, está submetida às condições do Estado Constitucional e aos princípios do regime de direito”. MAYER, Otto. *Op. Cit.* pp. 11 e 9 (tradução livre).

¹⁹ TÁCITO, Caio. *Op. Cit.*, p. 2.

²⁰ MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 89.

3.2 Conceito do Poder de Polícia Administrativa sob a perspectiva clássica, fundamentos, principais manifestações, críticas e normatizações

Não obstante a compreensão acerca do permanente debate que vem sendo travado a fim de rever os contornos e definições do poder de polícia, importa ter em mente as tradicionais linhas deste *poder*.

Dessa forma, Caio Tácito informa que em seu conceito clássico, “poder de polícia é simples processo de contenção de excessos do individualismo. Consiste, em suma, na ação da autoridade pública para fazer cumprir por todos os indivíduos o dever de não perturbar”¹⁹.

Para Odete Medauar, “poder de polícia é a atividade da Administração Pública que impõe limites a direitos e liberdades”. É tema tipicamente relacionado ao direito público e que possui direta relação com a problemática existente entre “autoridade-liberdade” e “Estado-indivíduo”²⁰.

Com efeito, no magistério de Diógenes Gasparini, poder de polícia corresponde à atribuição de *que dispõe a Administração Pública para condicionar o uso, o gozo, a disposição da propriedade e o exercício da liberdade dos administrados no interesse público ou social*²¹. Assim, para que um ato seja caracterizado como ato de poder de polícia (e não apenas um ato administrativo), faz-se imperiosa a conjugação dos seguintes elementos: i) deve ser editado pela Administração Pública (ou por quem lhe faça às vezes); ii) deve ter fundamento em um vínculo geral; iii) deve visar ao interesse público ou social e iv) deve incidir sobre a propriedade ou a liberdade²². O objeto reside na liberdade (o seu exercício) e a

¹⁹ TÁCITO, Caio. *Op. Cit.*, p. 2.

²⁰ MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 89.

²¹ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 118-119. Entretanto, neste particular, não se pode olvidar da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello que, baseado em Renato Alessi, afirma que “não se deve confundir liberdade e propriedade com *direito de liberdade* e *direito de propriedade* (...). Não há limitações administrativas ao direito de liberdade e ao direito de propriedade (...). Há, isto sim, limitações à liberdade e à propriedade”. MELLO, Celso Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 11.ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 555.

²² Para fins de aclarar tal característica, o próprio autor (Diógenes Gasparini) elucida a questão ao referir que a “ausência de qualquer desses elementos descaracteriza-o como ato de polícia”, mas, não como ato administrativo. Exemplo disso ocorre na situação em que “a exigência imposta pelo Poder Permitente ao permissionário de uso de bem público, para que abra a cantina e atenda

propriedade (no que se relaciona ao uso, gozo e disposição) dos administrados. O motivo do poder de polícia é o interesse público e o bem-estar social, uma vez que “o uso, gozo e a disposição da propriedade e o exercício da liberdade não podem impedir a realização do interesse público e o pleno alcance do bem-estar social”. Outrossim, tem como finalidade “*prevenir* o surgimento (quando ainda não aconteceu) de atividades particulares nocivas aos interesses sociais ou públicos ou a obstar (paralisar, impedir) o seu desenvolvimento”²³. Ademais, as sanções capazes de tornar efetivas as medidas de polícia “são, essencialmente, a multa (pagamento em dinheiro), a interdição (de atividade), a demolição (de prédios), a destruição (de armas apreendidas), a inutilização (de gênero alimentício impróprio para ao consumo) e o embargo (de obra)”²⁴.

Para Hely Lopes Meirelles, o poder de polícia é estudado dentre os poderes administrativos (ao lado dos poderes vinculado, discricionário, hierárquico e disciplinar) e significa “a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”. Ou ainda, “é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual. Por esse mecanismo, que faz parte de toda a Administração, o Estado detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional”²⁵.

A propósito, ainda no direito brasileiro, Celso Antônio Bandeira de Mello, assevera que a polícia administrativa corresponde à “atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora

aos alunos aos sábados até às doze horas não caracteriza poder de polícia, pois não está fundado em um vínculo geral, mas numa relação jurídica especial consubstanciada na permissão de uso. Esse ato não vale como ato de polícia, mas vale como ato administrativo”. GASPARINI, *Op. Cit.*, p. 120.

²³ GASPARINI, Diógenes. *Op. Cit.* p. 120.

²⁴ GASPARINI, Diógenes. *Op. Cit.* p. 126-127.

²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**. 26.ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 123.

repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (*non facere*) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo”²⁶. O autor informa, ainda, que essa atividade entre nós conhecida como “polícia administrativa, atualmente é estudada sob a rubrica de “limitações administrativas à liberdade e à propriedade”, correspondendo, dessa forma, à *ação administrativa de efetuar os condicionamentos legalmente previstos ao exercício da liberdade e da propriedade das pessoas, a fim de compatibilizá-lo com o bem-estar social. Compreende-se, então, no bojo de tal atividade, a prática de atos preventivos (como autorizações e licenças), fiscalizadores (como inspeções, vistorias e exames) e repressivos (multas, embargos, interdição de atividades, apreensões)*²⁷.

No âmbito do direito português, destaca-se a lição de Marcelo Caetano, para quem, a polícia é um sistema de restrições que limita a liberdade individual, sem ser, contudo, inimiga da liberdade. A polícia constitui, isto sim, uma garantia das liberdades individuais. E prossegue: “Numa sociedade onde cada pessoa possa fazer tudo quanto lhe apeteça sem pensar nos interesses, nas necessidades, nos direitos dos outros não há liberdade”. Diz ainda o autor, valendo-se de uma expressão clássica, que em uma sociedade *policiada* deve ser “garantida a convivência pacífica de todos os cidadãos”, de forma que “o exercício dos direitos de cada um não se transforme em abuso e não ofenda, não impeça, não perturbe o exercício dos direitos alheios”, idéia essa que poderá ser resumida em uma fórmula universalmente conhecida: “o direito de cada um cessa onde começa o do seu vizinho”²⁸. O autor ensina, também, que o modo de agir administrativamente para evitar que os perigos transformem-se em danos denomina-se polícia administrativa²⁹. A abundância de normas limitativas (regulamentos) da liberdade de ação dos indivíduos é crescente e resulta, sobremaneira, do acesso das massas à

²⁶26 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op.Cit.*, p. 567.

²⁷27 Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço Público e Poder de Polícia: Concessão e Delegação. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, Malheiros, v. 20, pp. 21-28.

²⁸28 CAETANO, Marcello. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 267.

²⁹29 A propósito, destaca Marcello Caetano, foi por esse motivo que a sabedoria popular criou o ditado: *vale mais prevenir que remediar...*(CAETANO, Marcello. *Op. Cit.* p. 268).

vida urbana, bem como da complexidade, também crescente, das técnicas usadas na vida social³⁰. Após essas considerações, Marcello Caetano define a polícia como “o modo de atuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das liberdades individuais suscetíveis de fazer perigar³¹ interesses gerais, tendo por objeto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que a lei procura prevenir”. Entretanto, o autor adverte que este conceito difere do conceito brasileiro, disposto no artigo 78 do Código Tributário Nacional³² (Lei n.º 5.172/1966, doravante denominado de CTN), mas ressalta que tal distinção não é essencial, uma vez que “A polícia é *atuação da autoridade*, pois pressupõe o exercício de um *poder* condicionante de atividades alheias, garantido pela *coação* sob a forma característica da Administração, isto é, por execução prévia”³³.

Quanto ao **fundamento** do poder de polícia, segundo Gasparini, reside no *vínculo geral existente entre a Administração Pública e os administrados, que autoriza o condicionamento do uso, gozo e disposição da propriedade e do exercício da liberdade em benefício do interesse público ou social*. Todavia, esse condicionamento ou restrição não decorre de nenhum privilégio ou vínculo especial da Administração Pública, senão que é decorrência da própria necessidade que se impõe em conciliar a liberdade e propriedade dos cidadãos com o interesse público e social exigido para permanência do sistema jurídico e social³⁴.

Outrossim, as **principais manifestações do poder de polícia** são manifestações como a proibição de construir acima de determinada altura, obrigatoriedade de observar determinado recuo de construção, o dever de

³⁰ CAETANO, Marcello. *Op. Cit.* pp.268-269.

³¹ A esse respeito, Marcello Caetano destaca que somente o que constituir perigo suscetível de projetar-se na vida pública interessa à Polícia, e não o que apenas afete interesses privados ou a intimidade das existências pessoais. CAETANO, Marcello. *Op. Cit.*, p. 270.

³² Art. 78 do CTN. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (*Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 28.12.1966*).

³³ CAETANO, Marcello. *Op. Cit.* pp. 269-270.

³⁴ GASPARINI, Diógenes. *Op. Cit.* p. 119.

denunciar doença contagiosa, vedação de manter certos animais na zona urbana ou de nessa zona, promover certa lavoura, dentre outras hipóteses³⁵.

Demais disso, a atividade do poder de polícia manifesta-se por intermédio de *atos normativos* (gerais, abstratos e impessoais), v.g., regulamentos (venda de bebidas alcoólicas nos períodos carnavalescos e eleitorais); por *atos concretos*, como o são os atos de interdição de atividade não licenciada, de apreensão de mercadoria deteriorada, de guinchamento de veículo que não oferece condição ideal de uso, de embargo de obra que não obedece ao ato de aprovação e de interdição (confinamento) de louco, etc.; e também por *atos de fiscalização*, pelos quais se previnem danos decorrentes da ação dos administrados, como os atos de fiscalização de restaurantes, bares e lanchonetes no que concerne à higiene e qualidade dos alimentos; fiscalização das construções no que respeita à higiene, segurança e habitabilidade; fiscalização das atividades de caça e pesca, no que se refere à época, local e equipamentos utilizados; fiscalização dos táxis, no que tange à segurança, à higiene e à aferição dos taxímetros, etc. Todas essas manifestações resultam na expedição *de alvarás, licenças e autorizações*. Por fim, importante referir que são inúmeros os campos de atuação do poder de polícia: polícia de caça e pesca, polícia de diversões públicas, polícia florestal, polícia de trânsito e tráfego, polícia sanitária, polícia de água, polícia edilícia, polícia funerária, etc.³⁶.

Relativamente às críticas à tradicional concepção do poder de polícia administrativa, pode-se observar que *a evolução doutrinária foi tornando a expressão poder de polícia* “incômoda para alguns administrativistas, que passaram a buscar outras denominações técnicas a um fenômeno que foi essencialmente o mesmo até meados do século XX”. Assim, “a evolução das responsabilidades

³⁵ Cf. GASPARINI, Diógenes. *Op. Cit.* p. 119. E, nesse tom, importa a observação do mesmo autor de que em razão de não decorrerem da existência de vínculo geral como mencionado alhures, não se confundem com manifestações do poder de polícia, por exemplo, a restrição imposta ao servidor público que deverá trabalhar de uniforme ou tampouco a imposição de os concessionários de serviço público em colocar certos dizeres nos ônibus (autocarros), porquanto, em que pese haver a restrição da liberdade de um e outro e terem sido estabelecidos pela Administração Pública, decorrem de um vínculo especial (estatuto, contrato) que os diferencia. Igualmente, não se constitui ato de polícia a determinação imposta pelo condomínio para que os condôminos não coloquem móveis em áreas comuns de prédios ou apartamentos, uma vez que esse ato não é determinado pela Administração Pública e não visa à satisfação de um interesse público (pp. 119/120).

³⁶ Cf. GASPARINI, Diógenes. *Op. Cit.* pp. 123-124.

estatais a partir das Constituições nacionais do início deste século reclamou, dos diferentes ramos do direito público, uma rediscussão acerca de seus postulados mais elementares a vista de conformá-los com seus objetos de estudo”³⁷. Com isso, o Estado assumiu vários serviços exercidos anteriormente por particulares, “novas responsabilidades originárias que, sem precedentes até então passaram a ser exigidas pelo estágio de evolução da sociedade àquela época”³⁸. Dessa forma, passou-se a vivenciar a expansão da interferência do Estado em segmentos que até então eram detidos, com exclusividade, pelos particulares. A partir desse momento, a questão doutrinária evoluiu. Porém, a doutrina passou a questionar em que medida “a idéia de poder de polícia como limitação e restrição também não estaria a acompanhar esta desatualização do estudo técnico-jurídico da concepção do poder de polícia. Com efeito, foi Gordillo, na Argentina, um dos primeiros doutrinadores a manifestar essa crítica. Para ele, “basicamente criara-se uma concepção autônoma no direito administrativo, o poder de polícia, para indicar algo que em verdade resume-se à aplicação da lei – conduta exigível de qualquer órgão do Estado, vinculados ou não à Administração”³⁹.

No direito brasileiro, Sundfeld critica a atual noção de poder de polícia e a prevalência da doutrina⁴⁰ na compreensão da natureza negativa do poder de polícia, a exigir um comportamento omissivo do particular. Critica, outrossim, a singela solução que a doutrina tem-se utilizado para designar as prerrogativas da Administração nesta seara, qual seja, a mera troca do “rótulo”, com preferência ao uso da expressão *limitações administrativas à liberdade e à propriedade*⁴¹,

³⁷ CAETANO, Marcello. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*...p. 279. Sobre licenças pessoais e impessoais; simples ou condicionadas; permanentes ou temporárias e distinção entre atos de polícia e operações de polícia vide a mesma obra nas p. 279/280.

³⁸ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa *Op. Cit.*, p. 6. Nesse passo, releva distinguir autorização de licença. *Autorizar* significa *permitir o exercício de um direito ou atividade que em princípio é livre, mas que está condicionado à não causar prejuízo à ordem, à moralidade, à saúde pública*, ao passo que *licenciar* significa *libertar uma atividade que, sendo em geral vedada, só com permissão pode ser exercida*. (In: CAETANO, Marcello. *Op. Cit.* p. 279). Sobre licenças pessoais e impessoais; simples ou condicionadas; permanentes ou temporárias e distinção entre atos de polícia e operações de polícia vide a mesma obra nas pp. 279/280.

³⁹ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Op. Cit.*, p. 6.

⁴⁰ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Op. Cit.*, p. 6.

⁴¹ Nesse sentido, compreendendo a noção de poder de polícia a partir da perspectiva de um ato de natureza negativa, remete-se para o entendimento do administrativista brasileiro, Celso Antônio Bandeira de Mello, referido na p. 17 do presente relatório.

sugerindo, dessa forma, o abandono da tradicional concepção de poder de polícia e de sua definição pelo que denomina de *administração ordenadora*, o que será oportunamente abordado. Na mesma linha, insta destacar o argumento de Justem Filho, pelo qual o anterior objetivo do poder de polícia de “impor aos particulares condutas de cunho omissivo” já não mais se justifica nos tempos que correm, pois, “com a evolução dos modelos políticos, a intervenção estatal de conformação das condutas privadas deixou de ser apenas repressiva e passou a compreender imposições orientadas a promover condutas *ativas* reputadas como desejáveis” (sem grifo no original)⁴².

3.3 Terminologia

Neste tópico, importa observar que, embora se adote o entendimento da moderna doutrina de direito administrativo que assevera a inadequação da expressão *poder de polícia*, esta será, preferencialmente utilizada em nome da tradição que ela encerra⁴³.

A palavra *polícia* deriva do latim *politia* e do grego *politeo*, ligada, portanto, ao vocábulo *polis*, o que demonstra a sua relação, na Antiguidade e Idade Média, com a constituição do Estado ou da cidade⁴⁴.

A idéia de poder de polícia comporta algumas dificuldades e críticas de natureza conceitual. Assim, a atuação administrativa para definir concretamente os contornos (limites) do direito à liberdade e do direito à propriedade é estudada dentro da noção do poder de polícia, expressão essa que, segundo Sundfeld, demonstra-se terrivelmente problemática⁴⁵. Em primeiro lugar porque, atualmente, buscou-se eliminar da expressão a palavra “poder” em razão do seu

⁴² SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. Cit.* p. 13.

⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4.ed.São Paulo: Saraiva, 2009, p. 488.

⁴⁴ A propósito, Odete Medauar, ao discorrer sobre a evolução terminológica, sustenta que não se demonstra adequado alterar o título de noções jurídicas consolidadas, como é o caso da expressão *poder de polícia*, mesmo que seu conteúdo sofra evolução, porquanto dificulta a pesquisa e impede a percepção da perspectiva evolutiva (In: Poder de Polícia. *Op cit.*, p. 93). Destaque-se, também que Carlos Ari Sundfeld, por seu turno, refere que o poder de polícia está inserto dentro da categoria por ele denominada de *interferência administrativa na vida privada* (ao lado da desapropriação, tombamento, servidão, requisição, etc.). In: *Direito Administrativo...*prefácio.

⁴⁵ MEDAUAR, Odete. *Op.Cit.*, p. 90.

tom autoritário que consigo carregava, passando a referir-se, apenas, “polícia administrativa”. Entretanto, destaca o autor que, “reconhecer à Administração um poder de polícia parece significar algo além da mera descrição da função de *aplicar as leis* reguladoras dos direitos, único sentido que a expressão poderia ter no Estado de Direito. *Poder de polícia* parece ser mais que isso”⁴⁶. Assim, o poder de polícia surge, nessa definição, como correlato do dever (não expresso na lei, mas suposto) de os particulares respeitarem dado valor, jurídico por natureza: a boa ordem da coisa pública. (...) O grande problema é que nada disso se compatibiliza com o princípio da legalidade”⁴⁷, o que será adiante desenvolvido.

Nessa senda, o argentino Gordillo, chama a atenção para o inconveniente do uso da expressão “poder de polícia administrativa”, porquanto remete aos ecos do sombrio Estado de Polícia⁴⁸, propondo até a eliminação da própria idéia de poder de polícia. O argumento central da crítica de Gordillo residia (além da viciada origem do conceito) no fato de ser inócuo, uma vez que visava isolar algo que corresponderia ao exercício de qualquer função administrativa, qual seja, a de aplicação da lei⁴⁹. Todavia, Sundfeld entende desarrazoada essa crítica, pois faz-se necessário aglutinar, sob alguma rubrica, a atividade administrativa que não se traduza na prestação de serviços públicos. Mas adverte o autor, “fica reconhecido o seu perigo”, pois não é possível fugir à *carga negativa da palavra*. Perigos esses que se demonstram cada vez maiores diante da inegável realidade de que o Poder Público amplia rapidamente as suas funções, passando-se de uma lógica negativa

⁴⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. Cit.* p. 10-11.

⁴⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. Cit.* p. 11. Na mesma quadra de idéias, manifesta-se Adilson Abreu Dallari, para quem “todo o poder” é voltado “para a realização dos interesses públicos, que são indisponíveis”. Assim, “a autoridade pública não tem poderes incondicionados, mas, sim, poderes-deveres, ou, mais exatamente, deveres-poderes, dado que o poder somente é conferido a qualquer autoridade para ser utilizado no cumprimento de dever de atuar no sentido de concretização do interesse público. É o dever que legitima o poder”. DALLARI, Adilson Abreu. *Formalismo e Abuso de Poder. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Ano 1, n. 1, abr./jun. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 27. Por essa razão, que Juarez Freitas assevera que o poder de polícia terá melhor compreensão se entendido como um poder/dever do administrador e não apenas na acepção de poder. Isso porque o administrador público tem o dever de agir ou de evitar a omissão sempre com vistas a universalizar a coexistência proporcional das múltiplas liberdades e propriedades (FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, *Op. Cit.* p.40).

⁴⁸ FREITAS, Juarez. *Ibidem.* p. 11, nota n. 2.

⁴⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. Cit.*, p. 11.

para uma lógica também promocional. Contudo, para conciliar a imprescindível noção aglutinadora para tudo aquilo que não seja prestação de serviços, a doutrina vem preferindo utilizar a expressão *limitações administrativas* à liberdade e à propriedade, omitindo, assim, de forma discreta a expressão *poder de polícia*⁵⁰. Com efeito, convém, ainda, atentar para o fato de que a manutenção do poder de polícia como categoria oposta ao serviço público revela-se, sim, insuficiente, uma vez que se revela imperativa a sistematização das interferências estatais na vida privada dos cidadãos.

Ademais, é clássica a distinção entre polícia administrativa, que nos interessa neste estudo, e a polícia judiciária.

A polícia administrativa é, em regra preventiva, podendo em algumas ocasiões, atuar de forma repressiva⁵¹, como, por exemplo, quando ocorre a apreensão de mercadoria imprópria ao consumo ou quando cessa uma reunião de pessoas considerada ilegal. Tem por objeto a propriedade e a liberdade, ou seja, incide sobre bens, direitos e atividades. Destina-se a impedir ou paralisar atividades anti-sociais e rege-se por normas administrativas e seu exercício está disseminado pelos órgãos e agentes da Administração Pública⁵². É inerente e difunde-se por toda a Administração.

Por outro lado, a polícia judiciária⁵³ é essencialmente repressiva e seu exercício é privativo de determinados órgãos (Polícias Civis, no Brasil) ou corporações (Polícias Militares, no Brasil). Tem por objeto as pessoas na medida

⁵⁰ *Idem. Ibidem.* p. 11-12

⁵¹ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo**...p. 11/12.

⁵² A propósito, Marcello Caetano refere que, nesse caso, a repressão é um meio tornado indispensável para a eficácia da prevenção. Assim, “enquanto na pena criminal aplicada pelos tribunais o efeito preventivo é simples consequência do fim repressivo, na pena de polícia o efeito

repressivo é mero corolário da ação preventiva. CAETANO, Marcello. *Op. Cit.*, pp. 274-275. Ainda, sobre medidas de segurança e medidas de polícia, vide a mesma obra, pp. 275-276.

⁵³ GASPARINI, Diógenes. *Op. Cit.* p. 122. Informe-se, ainda que, mais modernamente, como indica Hely Lopes Meirelles (*Op. Cit.*, p. 123) no direito brasileiro e Marcello Caetano (*Op. Cit.* p. 273) no direito português, a polícia administrativa divide-se, também, em geral e especial. A primeira destinando-se a garantir, genericamente, a segurança e a defesa dos bons costumes. A segunda destinando-se à prevenção de determinados setores da vida social, como a construção, o uso das águas, exploração das florestas e das minas, dando origem às polícias sanitária, econômica, dos transportes e da viação, do trabalho, etc.

em que lhe cabe apurar as infrações penais (fatos já ocorridos)⁵⁴. Destina-se a descobrir e conduzir ao Poder Judiciário os agentes infratores da ordem jurídico-penal, regendo-se por normas processuais penais⁵⁵.

3.4 Breves notas sobre os contornos jurídicos do poder de polícia administrativa no Brasil e em Portugal

Para que se possa compreender os contornos adquiridos pelo poder de polícia no direito português, necessário, ainda que sumariamente, tecer algumas considerações acerca da evolução do direito administrativo em Portugal. Dessa forma, observa-se que a administração pública portuguesa passou por uma profunda mutação no último quartel do século passado, tendo dois fatos contribuído demasiadamente para tal evolução: a entrada em vigor Constituição de 1976 e o ingresso de Portugal em 1985 nas Comunidades Europeias. Em face disso, “a concepção da Administração como poder e a posição de superioridade do Estado-Administrativo face aos particulares deixaram de ser notas características necessárias das relações de Direito público administrativo”⁵⁶.

Com efeito, Jorge Miranda refere que são poucas as Constituições que contemplam a polícia, atribuindo esse dado ao fato de quiçá temerem menos abusos ou por se contentarem com normas gerais. Aduz que a Constituição da República Portuguesa traduz-se em uma exceção em razão dos traumatismos conseqüentes do regime autoritário vivenciado por 48 anos em Portugal, bem como pela memória dos atentados contra os direitos fundamentais perpetrados pela sua *polícia política*, pela preocupação de que fatos semelhantes não voltassem

⁵⁴ A propósito, o professor Marcello Caetano refere-se à polícia judiciária como uma atividade policial parajudicial, acessória da função judicial. *Op. Cit.* p. 270.

⁵⁵ No Brasil, essa previsão tem acento constitucional no Art. 144, senão vejamos: *A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (...) § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.*

⁵⁶ GASPARINI, Diógenes. *Op. Cit.* 122.

a ocorrer, e ainda por um intuito de tratamento abrangente de todas as matérias com relevância constitucional.

A polícia está tratada no art. 272º da Constituição da República Portuguesa de 1976, doravante denominada, abreviadamente, de CRP: “1. A polícia tem por funções defender a legalidade democrática e garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos. 2. As medidas de polícia são as previstas na lei, não devendo ser utilizadas para além do estritamente necessário. 3. A prevenção dos crimes, incluindo a dos crimes contra a segurança do Estado, só pode fazer-se com observância das regras gerais sobre polícia e com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. 4. A lei fixa o regime das forças de segurança, sendo a organização de cada uma delas única para todo o território nacional”.

Assim, segundo seu idealizador, Jorge Miranda, esse dispositivo constitucional comporta três importantes considerações: 1) localiza-se no Título IX que trata da Administração Pública e à sua luz deverá ser sistematicamente compreendido (além de evidenciar a conexão entre a Administração Pública e a polícia, sendo esta uma manifestação ou modo de ser daquela⁵⁷); 2) os princípios da Administração Pública (art. 266º), aplicam-se plenamente à polícia: princípios da prossecução do interesse público, da constitucionalidade, da legalidade, da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé; 3) vinculação aos outros princípios ali contidos, com as necessárias adaptações, quais sejam: da necessidade de aproximação das populações, a desconcentração e a racionalização dos serviços (art. 267º, n.º 1, 2 e 5), a tutela jurisdicional dos direitos dos administrados (art. 268º) e a isenção partidária e o respeito das garantias disciplinares de funcionários e agentes (art. 269º, n.º 1 e 3)⁵⁸.

⁵⁷ Cf. MACHETE, Rui Chancerelle de. **Estudos de Direito Público**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 279.

⁵⁸ MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**, Tomo III – Organização do poder político, Garantia e revisão da Constituição e Disposições Finais e Transitórias. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 650.

Em relação ao direito brasileiro e distintamente do que ocorre em Portugal, a polícia não vem regulada na CF/88. O conceito legal do poder de polícia, está previsto no art. 78 do CTN.

O poder de polícia deverá ser sempre compreendido dentro dos princípios que devem pautar toda a atuação administrativa. Para tanto, a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (doravante denominada, apenas, de CF/88) elencou, em seu artigo 37, *caput*, os cinco princípios básicos da Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. No entanto, além destes outros princípios deverão ser considerados: princípio da isonomia (ou da igualdade entre os administrados); da supremacia do interesse público; da presunção da legitimidade (ou veracidade) do ato administrativo; da auto-executoriedade, da autotutela; da hierarquia, da indisponibilidade do interesse público, da razoabilidade e da motivação.

4 REVISTANDO OS ATRIBUTOS E AS CARACTERÍSTICAS DO PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA

Inicialmente, convém destacar que o poder de polícia tem atributos específicos e peculiares ao seu exercício: discricionariedade, auto-executoriedade e coercibilidade⁵⁹.

⁵⁹ MIRANDA, Jorge. **Escritos Vários..Op. Cit.** pp. 459-460. Demais disso, Vieira de Andrade sublinha que, diferentemente do que ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, no ordenamento lusitano o **direito de resistência** tem assento constitucional, *ex vi* do artigo 21, ao dispor que *Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública*. Isso significa que os próprios indivíduos, excepcionalmente, poderão recorrer, enquanto membros da comunidade jurídica, diretamente às normas constitucionais, invocando-as perante os poderes públicos nos casos concretos em que sejam afetados (regra de resistência passiva em face da Administração) - ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3.ed., Coimbra: Almedina, 2007, p. 218. A propósito, Ingo Sarlet destaca que embora o direito de resistência dos cidadãos não se encontre positivado na CF/88, há quem o deduza diretamente do direito natural, como fez Pontes de Miranda. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 388.

4.1 Discrecionariedade

Identificado por Caio Tácito, o poder de polícia é uma das manifestações mais atuantes do poder discrecionário, o qual, com seu fortalecimento “colocou em destaque a necessidade de aperfeiçoamento do controle de legalidade de modo a conter, oportunamente, os excessos ou violências da administração pública”⁶⁰.

Assim, a discrecionariedade “traduz-se na livre escolha, pela Administração, da oportunidade e conveniência de exercer o poder de polícia, bem como o de aplicar as sanções e empregar os meios conducentes a atingir o fim colimado, que é a proteção de algum interesse público”. Por isso, pode-se afirmar que “no uso da liberdade legal de valoração das atividades policiadas e na graduação das sanções aplicáveis aos infratores é que reside a discrecionariedade do poder de polícia, mas mesmo assim a sanção deve guardar correspondência e proporcionalidade com a infração”. Exemplo disso ocorre quando a lei permite a apreensão de mercadorias deterioradas e sua inutilização pela autoridade sanitária, em que esta pode apreender e inutilizar os gêneros imprestáveis para alimentação a seu juízo desde que seja competente para tal (por lei) e tenha previamente comprovada a imprestabilidade dos gêneros para a sua destinação, sob pena de incorrer em arbitrariedade e conseqüente invalidação de seu ato pela justiça. Outrossim, oportuno sempre recordar que discrecionariedade não se confunde com arbitrariedade, porquanto a primeira significa a *liberdade de agir dentro dos limites legais* e a segunda, a *ação fora ou excedente da lei, com abuso ou desvio de poder*⁶¹.

Contudo, a maioria da doutrina sustenta que o poder em questão é essencialmente discrecionário em relação à valoração da atividade policiada e também em relação à eleição da medida de polícia aplicável. De acordo com Diógenes Gasparini, o poder de polícia ora se efetiva por atos administrativos expedidos através do exercício de uma competência discrecionária (por exemplo,

⁶⁰ Por essa razão, que Jorge Miranda e Rui Medeiros, comungam do entendimento de que “O direito de polícia é direito administrativo”. Contudo, em face das particulares características, deve ser tratado como “direito administrativo especial”. MIRANDA, Jorge. MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**, *Op. Cit.*, p. 650.

⁶¹ TÁCITO, Caio. *Op. Cit.*, p. 42.

quando a Administração Pública outorga a alguém autorização para portar arma de fogo), ora vinculada (quando, *v. g.*, a Administração Pública licencia uma construção)⁶².

Disso resulta, como bem pondera Vasco Pereira da Silva que “o poder discricionário não é assim nenhuma realidade extra-jurídica, antes algo que enxerta no processo de reconstituição, que é a interpretação e aplicação do direito”. Na verdade, “esta maior capacidade de auto-determinação de que goza a Administração pública não significa menor responsabilização pelos seus actos mas, pelo contrário, implica um acréscimo de fiscalização jurisdicional. Entendido o poder discricionário como um modo de realização do direito, e não enquanto liberdade de escolha extra-jurídica, daqui resulta necessariamente uma maior amplitude do controlo jurisdicional”. (...) Assim, “fiscalização judicial do poder discricionário tem por finalidade a verificação da conformidade da decisão com a lei e o direito, e não a procura de uma ‘melhor’ apreciação ou de uma ‘melhor’ decisão discricionária (STARCK)”. Isso significa dizer, também, que o controle jurisdicional deverá recair sobre os “momentos jurídicos” das escolhas discricionárias, “sem que isso implique que os tribunais se substituam à Administração na escolha das soluções mais adequadas para a realização do interesse público”⁶³.

Na mesma linha argumentativa, o mesmo autor ressalta que “o ideal do Estado Social de Direito não é a erradicação da discricionariedade, mas a sua ‘juridicização’, o seu entendimento como modo de realização do direito. Daí que ‘nos nossos dias, a maior ‘liberdade’ de actuação da Administração constitutiva ou

⁶² MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.*, p. 128.

⁶³ GASPARINI, Diógenes. *Op. Cit.*, p. 123. Nessa senda, manifesta-se, acertadamente, Marcello Caetano em nome da “multiplicidade proteiforme das atividades individuais perigosas não (se) permite que as leis prevejam todas as oportunidades em que as autoridades policiais devem atuar e os modos pelos quais devem fazê-lo.” E nasce, portanto, daí o *caráter normalmente discricionário dos poderes de polícia*. Poderes esses que devem ser jurídicos e fazerem parte de uma *competência* conferida por lei e visarem a realização de *fins* legalmente fixados. In: CAETANO, Marcello. **Princípios Fundamentais**. *Op. Cit.*, p. 272. Portanto, essa é a razão pela qual “há inúmeras atribuições que são reguladas de modo vinculado pela lei”, máxime ao se considerar o surgimento de incontáveis situações imprevisíveis que não estejam expressamente contempladas na lei (JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, p. 498).

prestadora é compensada pelo aumento das vinculações legais (avulsas) de toda a actividade administrativa, que permitem um controlo jurisdicional mais amplo. Assim, para além das vinculações resultantes de uma concreta lei, entende-se hoje que a Administração está ainda sujeita, por exemplo, às vinculações resultantes dos princípios constitucionais', como o princípio do respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos (artigo 266º, nº 1 da Constituição), os princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé (artigo 266º, nº 2 da Constituição)". Em suma, a Administração Pública, mesmo no domínio de sua "margem de apreciação e decisão" estará sujeita aos referidos parâmetros (decisórios), os quais desrespeitados ou preteridos dão azo à fiscalização jurisdicional das decisões administrativas, "criando assim 'uma via de acesso' para o controle da discricionariedade"⁶⁴.

4.2 Auto-Executoriedade

Significa que não há necessidade de prévio ou posterior pronunciamento do Poder Judiciário. De acordo com essa característica, "o poder de polícia é concretizável independentemente de qualquer participação (autorização, permissão, deferimento etc.) do Poder Judiciário ou de qualquer outro órgão estatal que não seja a própria Administração Pública. (...) Todavia, não se pode confundir e convivem harmonicamente a possibilidade de os administrados se valerem do seu direito de ação com a desnecessidade de a Administração Pública exercer o poder de polícia somente mediante autorização judicial"⁶⁵.

Segundo Hely Lopes Meirelles, "no uso desse poder, a Administração impõe diretamente as medidas ou sanções de polícia administrativa necessárias à contenção da atividade anti-social que ela visa a obstar". Exemplo disso, bastante comum no direito brasileiro, verifica-se quando a Prefeitura encontra uma edificação irregular ou a oferecer perigo à coletividade, situação em que a obra é

⁶⁴ SILVA, Vasco Pereira da Silva **Verde Cor de Direito**: Lições de Direito do Ambiente. Coimbra: Almedina, 2002. pp. 78-79.

⁶⁵ *Idem. Ibidem.* p. 80. No mesmo sentido, manifesta-se Juarez Freitas ao dizer que "a discricionariedade, quando admitida, restará, por assim dizer, vinculada aos princípios e aos direitos fundamentais, em todas as atuações (positivas ou negativas) da Administração Pública. (FREITAS, Juarez. **O controle...** *Op. Cit.*, pp. 244-245).

diretamente embargada, sendo promovida a sua demolição, se for o caso, por determinação própria, sem necessidade de ordem judicial para a prática desse ato⁶⁶.

No entanto, advirta-se, não se deve confundir a auto-executoriedade das sanções de polícia com punição sumária e sem defesa. Isso porque, mais uma vez valendo-se dos ensinamentos de Hely, “A Administração só pode aplicar sanção sumariamente e sem defesa (principalmente as de interdição de atividade, apreensão ou destruição de coisas) nos casos urgentes que ponham em risco a segurança ou a saúde pública, ou quando se tratar de infração instantânea surpreendida na sua flagrância, aquela ou esta comprovada pelo respectivo *auto de infração*, lavrado regularmente; nos demais casos exige-se o processo administrativo correspondente, com plenitude de defesa ao acusado, para validade da sanção imposta”⁶⁷.

Por fim, “constatado o desvio de finalidade, ou o prejuízo desproporcional (dano anômalo e não-eventual), cabe a responsabilização objetiva do Estado por atos dos seus agentes (que), nessa qualidade, sem excluir o abrangente arco de sanções adicionais”⁶⁸, causaram a terceiros.

4.3 Coercibilidade

Trata-se de característica fulcral, salutar para o funcionamento da vida em sociedade. O poder de polícia administrativa é uma ‘limitação que tem a potencialidade de se impor coativamente a particulares ou à própria Administração na condição de particular, nos limites da respectiva competência’⁶⁹.

⁶⁶ Cf. MAFFINI, Rafael da Cás. *Op. Cit.* p. 74.

⁶⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.* pp. 127-128. Nesse sentido, já decidiu o TJSP: “Exigir-se prévia autorização do Poder Judiciário equivale a negar-se o próprio poder de polícia administrativa, cujo ato tem de ser sumário, direto e imediato, sem as delongas e complicações de um processo judiciário prévio” (*In*: TJSP, Pleno, RT 183/823). Assim, reforça o autor, “ao particular que se sentir prejudicado pelo ato de polícia da Administração é que cabe recorrer ao Judiciário, uma vez não pode fazer justiça pelas próprias mãos” (na mesma obra, p. 129).

⁶⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.* p. 128.

⁶⁹ FREITAS, Juarez. **O controle...** *Op. Cit.*, p. 251. Nesse sentido, acresça-se, por oportuno, que a responsabilidade objetiva do Estado, no âmbito do direito brasileiro está consagrada constitucionalmente no art. 37, parágrafo 6º: “As *peças jurídicas de direito público* e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa

Conforme ensina Maffini, “segundo tal atributo, o poder de polícia é concretizado independentemente, ou, até mesmo, contrariamente à vontade daqueles que são os policiados, os quais podem todavia, se insurgir administrativa ou judicialmente contra tal atividade estatal. Assim, não é condição para a prática dos atos de polícia a aceitação daqueles que são os administrados atingidos por tal espécie de atuação estatal. Além disso, se os policiados opuserem indevida resistência à atuação de polícia administrativa, poderá a Administração Pública valer-se de força pública, para a efetivação das medidas cabíveis, desde que sejam tais mecanismos de força pública legalmente previstos e proporcionais à resistência que buscam ultrapassar. Não se admite, por certo, qualquer manifestação de violência gratuita, mesmo que em nome do interesse público inerente ao poder de polícia”⁷⁰.

Por fim, a coercibilidade aplica-se, também, às próprias pessoas jurídicas de direito público, que poderão experimentar as restrições características do poder de polícia administrativa. Exemplifica-se com o caso do conhecido “habite-se” que determinado Município poderá não outorgar a prédio pertencente à pessoa jurídica de direito público *federal*, por falta de atendimento a vinculados requisitos⁷¹.

4.4 Motivação

A motivação dos atos de polícia será analisada oportunamente em conjunto com o exame do princípio geral da precaução. Contudo, observa-se, a partida, que no direito administrativo contemporâneo “a limitação administrativa requer fundamentação explicitada, de modo congruente e límpido, uma vez que invariavelmente afeta direitos. Por isso, todos os ‘atos de polícia’ devem ser motivados (ou motiváveis *a posteriori* em situações emergenciais), em face da

qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (sem friso no original).

⁷⁰ *Idem. Ibidem.* p. 243.

⁷¹ Cf. MAFFINI, Rafael da Cás. *Op. Cit.*, p. 74. Em igual sentido, o magistério de Hely Lopes Meirelles de que “todo o ato de polícia é imperativo (obrigatório para seu destinatário)...(...) Não há ato de polícia facultativo para o particular, pois todos eles admitem a coerção estatal para se torná-los efetivos, e essa coerção também independe de autorização judicial” (MEIRELLES, Hely. *Op. Cit.*, p. 130).

referida subordinação ao dever de fundamentação sistemática e de intersubjetividade que os caracteriza”⁷².

4.5. Autotutela

Também intimamente relacionado com o tema em questão, pode-se apontar, muito resumidamente, a autotutela como relevante característica ou, ainda, como princípio norteador da atividade administrativa, máxime do poder de polícia. Com isso, a Administração Pública deve policiar, quanto ao mérito e a legalidade, os atos administrativos por ela praticados, cabendo-lhe retirar do ordenamento jurídico os atos inconvenientes e inoportunos e os ilegítimos⁷³.

4.6 Delegabilidade/ Indelegabilidade

Uma das características centrais que envolvem o poder de polícia é justamente o fato de ser uma *atividade da Administração Pública*.

De inegável atualidade no cenário brasileiro, encontra-se a questão de delegabilidade/indelegabilidade do poder de polícia.

A delegação do poder de polícia é vedada aos particulares porque “o monopólio estatal da violência” pertence ao Estado Democrático de Direito⁷⁴.

Essa questão já foi enfrentada, no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal - STF (ADIn 1.717), em sentido negativo, em que “decidiu-se que não se pode transferir o desempenho do poder de polícia a pessoas não integrantes da estrutura da Administração Pública”. No entanto, a transferência a particulares é possível desde que se o faça com regularidade licitatória e contratual, de atos materiais de preparação do poder de polícia propriamente dito (ex.: expedição de tíquetes de parquímetros, o ato de fotografar veículos em controladores eletrônicos de velocidade, o ato material de vistoriar um veículo para fins de

⁷² FREITAS, Juarez. **O controle**..Op. Cit.,p. 243. A propósito, para maior desenvolvimento e principalmente acerca da evolução do *poder de coacción*, vide a obra de Otto Mayer, *Op. Cit.*, pp. 4-8.

⁷³ FREITAS, Juarez. **O controle**...Op. Cit., p. 272.

⁷⁴ GASPARINI, Diógenes. *Op. Cit.*, p. 17.

licenciamento, etc.), bem como de atos materiais de execução do poder de polícia (ex.: ato material de apreender veículos em situação irregular, demolição de obra irregular, etc.). Contudo, “o que não é possível é a transferência a particulares da prática de atos administrativos – dotados de cunho decisório, portanto – de polícia administrativa (ex.: o licenciamento de veículos automotores, a decisão quanto à autuação de trânsito, a decisão quanto à apreensão do veículo, a decisão quanto à demolição de obra irregular, etc.). Trata-se, pois, de atividade estatal indelegável a particulares⁷⁵. Como bem diz Celso Antônio Bandeira de Mello, quando a tônica for a delegação de atos de polícia que envolvam o exercício de misteres tipicamente públicos, bem como estiver em questão a liberdade e a propriedade, a delegação está corretamente vedada. Isso porque, se assim o fosse, estaria-se a legitimar o desequilíbrio entre os particulares em geral, *ensejando que uns oficialmente exercessem supremacia sobre outros*⁷⁶.

Nessa quadra de idéias, ao tratar do *Direito Administrativo Português no Último Quartel do Século XX e nos Primeiros Anos do Século XXI*, o professor Rui Machete, ressalta, dentre outros relevantes aspectos, que no quadro de mudanças e transformações sob influência do direito comunitário no direito administrativo português, em matéria de serviço público, vivencia-se um novo modo de prossecução do interesse público. Modelo esse distinto do realizado pelas autoridades públicas tradicionais, dependentes do Executivo. Significa dizer que o interesse público concreto defendido pelas entidades administrativas independentes é bem delimitado, não se traduzindo em interesse público primário geral do comum das autoridades administrativas estaduais. Assim, prossegue o autor, atende-se mais ao que a empresa faz do que à sua qualificação como pública ou privada⁷⁷. Com efeito, ousa-se, neste ponto, sugerir um novo questionamento:

⁷⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, p. 502.

⁷⁶ Cf. MAFFINI, Rafael da Cás. *Op. Cit.* p. 71.

⁷⁷ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Serviço Público e Poder de Polícia**, *Op. Cit.*, p. 27. A propósito, ainda sobre esta característica, outra questão também vem despertando a atenção e dividindo a doutrina brasileira. Trata-se da possibilidade de se transferir o poder de polícia às *peças jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública*. Para maior desenvolvimento, consulte-se a decisão proferida nos autos da medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade - MC-ADIn 2.310 - Relator Min. Marco Aurélio, disponível no site www.stf.jus.br. Acesso em 20 de janeiro de 2008 e também a obra de MAFFINI, Rafael da Cás. *Op. Cit.*, pp. 71-72.

será que essa mesma lógica inovadora não poderá ser trazida para a problemática da delegabilidade do poder de polícia aos particulares? E o caminho de soluções queda-se, assim, aberto...

4.7 Questão da “indenização-zero”

Embora sem espaço para maiores desenvolvimentos, cumpre referir que sempre que houver abuso no exercício da atividade do poder de polícia, caberá controle judicial e eventual responsabilização da Administração Pública e do agente público autor do ato de polícia que agiu com dolo ou culpa (tríplice responsabilidade: administrativa, civil ou patrimonial e criminal).

Entretanto, como bem pondera Juarez Freitas, “a prática legal e legítima das limitações administrativas impõe sacrifícios socialmente aceitáveis, ou seja, que não afetem o núcleo dos direitos fundamentais de propriedade e de liberdade, motivo pelo qual, em princípio, não se apresenta ensejadora de indenização, uma vez que se cinge a obstar que determinado dano à coletividade ocorra ou prossiga, longe de impor prejuízos iníquos ao particular”. Dessa forma, somente “a abusividade e a omissão lesiva é que podem ser danosas” e acarretar o conseqüente dever de indenizar⁷⁸.

5 NOVAS LEITURAS DO PODER DE POLÍCIA

A primeira nota a ser aqui considerada, diz respeito ao fato de que o poder de polícia é um limitador do exercício das liberdades e, com isso, é permitido ao Estado que intervenha no âmbito subjetivo e na órbita individual dos cidadãos. Disso resulta uma óbvia consequência – a verificação do grande potencial antidemocrático que o poder de polícia consigo carrega. Essa a razão pela qual Justen Filho apregoa que este “poder” encontra-se limitado pelos “princípios constitucionais e legais disciplinadores da democracia republicana”, sendo

⁷⁸ Cf. MACHETE, Rui Chancerelle de. *Op. Cit.* pp. 286-288.

imprescindível, “condicionar a atividade do poder de polícia à produção concreta e efetiva da realização de direitos fundamentais e da democracia”⁷⁹.

A segunda nota reside nas marcantes modificações que vem sofrendo o tradicional conceito de poder de polícia. Iniciando-se pela nova leitura do princípio da legalidade em relação à atividade do poder de polícia e, evoluindo-se na “instrumentalização à proteção dos direitos fundamentais” e na “imposição de deveres de fazer”⁸⁰, com a conseqüente e imprescindível incidência do princípio da proporcionalidade (e em sua dupla face, como se verá), para se chegar numa nova reflexão, fruto de um esforço pessoal na tentativa de demonstrar, nas linhas que se seguem, a relevância da compreensão do princípio da precaução, típico do direito ambiental, como princípio geral e informativo do direito administrativo e notoriamente do poder de polícia, dado ao cunho preventivo que o caracteriza, uma vez que se encontra orientado a “prevenir uma lesão a direitos e a valores tutelados juridicamente”⁸¹.

5.1 Poder de polícia administrativa à luz da nova leitura princípio da legalidade

Inobstante conhecida de todos, Caio Tácito bem explicita a fórmula da legalidade, referindo que “ao contrário da pessoa de direito privado, que, como regra, tem a liberdade de fazer (tudo) aquilo que a lei não proíbe, o administrador público somente pode fazer aquilo que a lei autoriza, expressa ou implicitamente”⁸². Assim, a Administração Pública é uma atividade tipicamente infralegal, a qual “se desenvolve debaixo da lei, nos termos da lei”, visando, sempre, “a realização de finalidades de interesse público”⁸³. A natureza infralegislativa do poder de polícia significa a existência de norma legal a instituir limites, obrigações e direitos dos cidadãos, sem, contudo, desconsiderar que “a disciplina legislativa da atividade de polícia pode produzir competência vinculada ou discricionária, tal

⁷⁹ Cf. FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos**. *Op. Cit.* pp. 252-254.

⁸⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, pp. 489-490.

⁸¹ Ambas expressões são utilizadas por Marçal Justen Filho. *Ibidem.* pp. 492 e 493.

⁸² *Idem. Ibidem.* p. 506.

⁸³ FREITAS, Juarez. **O controle**. *Op. Cit.* p. 45, nota 41.

como é usual”, em que cabe à Administração Pública especificar a solução mais adequada no caso concreto⁸⁴.

Entretanto, quanto à legalidade, parece indiscutível que, conforme assinala Juarez Freitas, evoluiu-se de um legalismo primitivo para uma posição principiológica e substancialista, superado o interpretativismo imoderado⁸⁵.

Com efeito, a Administração Pública não está, apenas, subordinada à lei. Pois em que pese o indissociável respeito à legalidade, já não mais é possível compreendê-la senão encartada no plexo de características e ponderações que a qualifiquem como sistematicamente justificável. Em outros termos, a legalidade devidamente justificada impõe cumulativa observância aos princípios em sintonia com a teologia constitucional. Significa pleno e concomitante acatamento à lei e ao Direito, desfrutando, portanto, o princípio da legalidade, de uma autonomia mitigada. A legalidade assim, somente se apresenta justificada se examinada em conjunto com os demais princípios. O princípio da legalidade deve operar como forte anteparo contra os subjetivismos arbitrários de todos os matizes. Assim, a lei, embora em grau crescentemente reduzido em generalidade e abstração, expressa, na maioria das vezes, vontade impessoal e geral e, alterando o grau qualitativo, converte-se, por salto, em princípio da constitucionalidade, o qual representa o coroamento do processo de evolução da legalidade. Entretanto, alerta Juarez Freitas: *a legalidade é princípio entre princípios*⁸⁶.

Na mesma quadra de idéias, manifesta-se Vasco Pereira da Silva, ao referir que “(...) a concepção do princípio da legalidade que, em nossos dias e no quadro de uma Administração Prestadora e Infra-estrutural, não pode mais ser um mero limite da actuação administrativa, mas que adquire uma dimensão positiva, enquanto modo de realização do ordenamento jurídico pela Administração (isto porque, no actual Estado Pós-social, a Administração Pública ‘não se pode limitar à pura execução da lei, antes deve ser considerada como um poder do Estado

⁸⁴ DALLARI, Adilson Abreu. *Op. Cit.* p. 12.

⁸⁵ JUSTEN FILHO; Marçal. *Op. Cit.* pp. 498 e 490.

⁸⁶ FREITAS, Juarez. **O controle...** *Op. Cit.*, p. 43.

constitucionalmente legitimado, cuja actividade apresenta uma ‘realidade funcional específica’. Ao mesmo tempo em que adquire um conteúdo que se não restringe à submissão à lei em sentido formal, antes corresponde à subordinação ao direito, na sua globalidade”. A esse respeito, andou muito bem o legislador português ao dispor, no artigo 33, n.1, do Código de Procedimento Administrativo (CPA) que: “*os órgãos da Administração Pública devem actuar em obediência à lei e ao direito*, dentro dos limites dos poderes que lhes estejam atribuídos e em conformidade com os mesmos poderes que lhes forem conferidos”⁸⁷. E prossegue o autor: “ora, este ‘novo entendimento do princípio da legalidade teve como consequência a ‘reconciliação’ do poder discricionário com o direito. A discricionariedade já não mais é vista como uma exceção à lei, uma realidade marginal que deveria ser a todo o custo limitada, e se possível eliminada, mas sim como um instrumento normal e adequado de realização do direito pela Administração Pública no desempenho da sua tarefa de prossecução dos fins estaduais”⁸⁸.

Diante disso, uma nova leitura do princípio da legalidade administrativa se impõe, pois a Administração não deve obediência estrita às regras legais, mas ao sistema como rede normativa e axiológica de princípios, regras e valores⁸⁹.

5.2 Poder de polícia administrativa à luz do primado dos direitos fundamentais

Juarez Freitas propõe o que denomina de “revisão categorial” do poder de polícia administrativa. Entretanto, destaca que, a par disso, não seria correto considerar errôneos os conceitos preponderantes. O que esse renomado administrativista brasileiro pretende é oferecer uma contribuição evolutiva em

⁸⁷ Cf. *Idem. Ibidem.* pp. 43-45.

⁸⁸ A título de informação, o princípio da legalidade, no direito brasileiro, em relação à Administração Pública, tem *status* constitucional no *caput* do art.37 da CF/88.

⁸⁹ SILVA, Vasco Pereira da. **Verde Cor de Direito**. *Op. Cit.*, pp. 77-78.

conformidade com a transformação conceitual patrocinada pela primazia dos direitos fundamentais⁹⁰.

Dessa forma, força que, hodiernamente, o poder de polícia administrativa, somente poderá estar em conformidade com o estágio atual do Estado Democrático de Direito se estiver em constante observância à estreita vinculação ao primado simultâneo do interesse público e dos direitos fundamentais⁹¹. É nessa quadra de idéias que Justen Filho reconhece que o poder de polícia está orientado para realizar os “direitos fundamentais dos demais integrantes da coletividade”, o que decorre da própria convivência dos seres em sociedade, com a consequente “necessidade de limitação de direitos individuais, de modo a evitar que a máxima liberdade de cada um produza a redução da liberdade alheia”⁹².

A propósito, andou muito bem a Constituição da República Portuguesa, ao dispor no seu art. 272.º, n. 1, que uma das funções da polícia é a de justamente *garantir os direitos dos cidadãos*. Nesta perspectiva, Vasco Pereira da Silva destaca que “as normas do direito de polícia, interpretadas à luz da Constituição, também têm por objectivo a defesa dos interesses individuais e podem fundamentar a existência de direitos subjectivos dos privados”⁹³.

A esse respeito, esclarece Sarlet que em decorrência da própria eficácia vinculante, expressa no §1º do art. 5º da CF/88, os direitos fundamentais vinculam os órgãos administrativos em todas as suas formas de manifestação e atividades, na medida em que atuam no interesse público, no sentido de um guardião e gestor da coletividade⁹⁴. Assim, verifica-se que em decisões, os órgãos públicos devem

⁹⁰ FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos**. *Op. Cit.*, p. 256.

⁹¹ Expressão utilizada por Juarez Freitas. *Ibidem*, p. 256. Na mesma quadra de idéias, anote-se que para Diógenes Gasparini a própria conciliação entre as limitações e a observância aos direitos fundamentais, constitui o limite ao poder de polícia. (*op. cit.*, p. 124).

⁹² Expressão utilizada por Juarez Freitas. *Ibidem*, p. 256. Na mesma quadra de idéias, anote-se que para Diógenes Gasparini a própria conciliação entre as limitações e a observância aos direitos fundamentais, constitui o limite ao poder de polícia. (p. 124).

⁹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, p. 489.

⁹⁴ SILVA, Vasco Pereira da. **Em busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 287. Dentre os exemplos de tais direitos subjetivos dos “privados” trazidos pelo autor, destaca-se o caso de “as pessoas que habitam na proximidade de um estádio de futebol (v.g. os moradores de Telheiras, nas imediações do estádio do Sporting) podem invocar um direito subjectivo a que a

atentar, permanentemente, aos parâmetros contidos na ordem de valores da Constituição, em especial aos direitos fundamentais⁹⁵ e seu indissociável vetor e limite, qual seja, a dignidade da pessoa humana⁹⁶.

Nessa perspectiva, imprescindível a lição de Sarlet, para quem no que tange à medida da vinculação aos direitos fundamentais, poderá afirmar-se que, quanto menor for a sujeição da administração às leis (de modo especial na esfera dos atos discricionários e no âmbito dos atos de governo), tanto maior virá a ser necessidade de os órgãos administrativos observarem – no âmbito da discricionariedade de que dispõem – o conteúdo dos direitos fundamentais. Significa dizer que nas hipóteses de uma maior fragilidade do princípio da legalidade, o conflito desta com o princípio da constitucionalidade acaba por se resolver tendencialmente em favor da última⁹⁷.

Isso significa dizer que a *regularidade* exigida da Administração Pública no desempenho do Poder de Polícia deve ser traduzida sempre e conjuntamente através do binômio *legalidade* (que supõe a inexistência de afronta às competências privativas) e *legitimidade*. Nesse sentido, Juarez Freitas preconiza que não basta que a atuação seja legal, em conformidade com a lei, deve estar também em conformidade com o direito. E é exatamente em nome dessa novel lógica que o poder de polícia administrativa poderá ser exercido inclusive contra o Poder Público, sempre que este se encontrar em condições disfuncionais idênticas a do particular.

polícia intervenha para retirar da via pública os automóveis que bloqueiam os acessos às suas habitações (e não que actuem para auxiliar os condutores a estacionar ilegalmente na via pública, como habitualmente sucede), nos dias em que se realizam eventos deportivos” (p. 287).

⁹⁵ Igualmente, prevê a CRP, em seu artigo 18, n.º 1 que os *preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas*.

⁹⁶ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.* pp. 385-386.

⁹⁷ Acerca da relação entre poder de polícia e dignidade da pessoa humana, remete-se para leitura do consagrado precedente jurisprudencial francês, conhecido como “caso do arremesso do anão”, datado de 1995, em que “o Conselho de Estado reconheceu que o poder de polícia é orientado, também, à proteção da dignidade da pessoa humana” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, p. 492). Informa-se, por oportuno, que essa decisão, comentada por toda a doutrina francesa, encontra-se disponível na AJDA 1995, p. 942.

Com efeito, novamente com arrimo na lição de Juarez Freitas, com o fim de constitucionalizar ainda mais as relações de Administração Pública (sincronia com uma nova visão alicerçada no primado dos direitos fundamentais), propõe-se, sem prejuízo das precedentes elaborações, uma nova conceituação do poder de polícia administrativa. Assim, o “poder de polícia administrativa” ou a limitação administrativa como o exercício de um dever (não mera faculdade), (que) consiste em *regular, restringir ou limitar* administrativamente, de modo legal e legítimo, o *exercício dos direitos fundamentais de propriedade e de liberdade*, de maneira a obter, mais positiva do que negativamente, uma ordem pública capaz de viabilizar a coexistência dos direitos em sua totalidade, sem render ensejo à indenização, por não impor dano injusto. Nessa quadra de idéias, o autor contribui, ainda, dispondo que “o exercício do “poder de polícia administrativa” há de ser digno e gerador de dignidade, ou será irregular e abusivo. (...) As limitações coativamente impostas pela Administração Pública devem respeitar o catálogo aberto dos direitos fundamentais (art. 5º, §2º, da CF/88), de maneira que as restrições administrativas somente devem ocorrer quando imprescindíveis à coexistência pacífica, ordeira e viável das liberdades e das garantias, jamais tendendo a aboli-las⁹⁸.

Contudo, essa nova compreensão deve ser conjugada com a idéia maior de *sistema* em que o poder de polícia administrativa encontra-se inserido. Daí porque se pretende sustentar e, ao final, lançar uma reflexão no sentido que “as limitações justificáveis aos direitos individuais (não inviabilizadoras do exercício dos direitos fundamentais) ou restrições impostas aos particulares devem estar em conformidade com a rede axiológica formadora do sistema jurídico, em que se deve atender não apenas sob o ângulo da legalidade, mas também da moralidade, economicidade, enfim todos os princípios que ocupam o ápice da hierarquia constitucional⁹⁹. Isso tudo somado à dupla dimensão do “poder de polícia administrativa”, qual seja, preventiva e positiva, ao lado de outros elementos que a seguir serão expostos.

⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, pp. 388-389.

⁹⁹ Cf. FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos**, *Op. Cit.*, pp. 240, 241 e 257.

Em suma, “os direitos fundamentais vinculam de modo cogente e, vez por todas, devem assumir o primado nas relações publicistas”¹⁰⁰, acrescentando-se que “o exercício legítimo do poder de polícia administrativa significa ‘intervenção reguladora’, nunca mutiladora da essência dos direitos”¹⁰¹.

5.3 Poder de polícia administrativa à luz da proporcionalidade¹⁰²

No direito brasileiro pode-se afirmar que na CF/88, em seu art. 5º, inc. LIV (garantia consoante a qual *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*) reside, em parte, o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e, como é inconteste, deve ser observado pelo exercício do poder de polícia administrativa¹⁰³.

Conforme acentua Marcelo Rebelo de Sousa, “pela sua densificação doutrinal e jurisprudencial, o princípio da proporcionalidade (art. 266º, 2, da CRP e art. 5º, 2, do CPA, com diversas concretizações específicas: arts. 18.º, 2 e 19.º, 4 CRP; art. 3.º, 2, do CPA) constitui, porventura, o mais apurado parâmetro de controlo da actuação administrativa ao abrigo da margem de livre decisão”¹⁰⁴.

Para Juarez Freitas, pelo princípio da proporcionalidade deve-se compreender “que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente, na consecução dos seus objetivos. Exageros (para mais ou para menos) configuram violações ao princípio”. E prossegue, “em ambos os casos, a par da infração administrativa, havendo nexos causal direto e imediato (primeiro requisito) e dano injusto (segundo requisito), haverá dever de indenizar e o ônus da prova da não-configuração do nexos causal incumbirá ao poder público”. Assim,

¹⁰⁰ *Idem, Ibidem*, p. 241.

¹⁰¹ FREITAS, Juarez. **O Princípio Constitucional da Precaução e o Dever Estatal de Evitar Danos Jurídicamente Injustos**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1205505615174218181901.pdf>. Acesso em: 08 set. 2009, p. 18.

¹⁰² FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos...***Op. Cit.*, p. 241.

¹⁰³ Observe-se que a proporcionalidade será considerada, no presente escrito, em sua dupla face-vedação do excesso e do déficit de atuação.

¹⁰⁴ FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos...***Op. Cit.*, p. 245.

“(...) a violação à proporcionalidade ocorre quando, tendo dois valores legítimos a sopesar, o administrador dá prioridade a um em detrimento ou sacrifício exagerado do outro”¹⁰⁵.

O sacrifício na aplicação do direito é algo incontestável, contudo a arte dos operadores reside em não incorrer em vício, ou seja, em não realizar o sacrifício iníquo de um direito. Para tanto, faz-se necessária a utilização do recurso da ponderação. Um direito jamais poderá suprimir outro, inteiramente na colisão. Apenas pode e deve preponderar conforme as circunstâncias. Tudo isso em nome da conhecida lógica dos princípios, os quais, diferentemente do que ocorre com as regras, não estão sujeitos à técnica do “tudo ou nada”, mas, sim, à técnica de convivência, em que os princípios nunca se eliminam (“preponderância principiológica”).

O princípio da proporcionalidade pode ser assim traduzido na seguinte fórmula: *o administrador público está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos*¹⁰⁶. Ademais, esse princípio revela-se especialmente importante no âmbito do direito administrativo. Primeiro porque nele reside sua origem, para, após irradiar-se a todas as demais searas jurídicas. Segundo, porque sua vertente administrativista está originalmente ligada ao exercício do poder de polícia, pois “foi no contexto do ‘poder de polícia’ que a proporcionalidade fez a sua primeira aparição no mundo jurídico moderno”¹⁰⁷, limitando-o e forçando a sua revisão, de forma a estabelecer sustentáveis parâmetros de avaliação e controle.

Como exemplos de violação da proporcionalidade, pode-se apontar a prisão de motorista que não portava a carteira nacional de habilitação, quando bastava, apenas, a apreensão do veículo; proibição de espetáculo teatral quando seria suficiente fixar limite mínimo de idade dos espectadores para atender à moralidade social¹⁰⁸, dentre outros.

¹⁰⁵ SOUSA, Marcelo Rebelo e André Salgado de Matos. **Direito Administrativo Geral: Introdução e princípios fundamentais** Tomo I. 3.ed., Alfragide, Portugal: Dom Quixote, 2008, p. 214.

¹⁰⁶ Cf. FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos**...Op. Cit., p. 38-39.

¹⁰⁷ FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos**...Op. Cit., p. 39.

¹⁰⁸ FREITAS, Juarez. **O Princípio Constitucional da Precaução**...Op. Cit., p. 13

Ademais, indica Juarez Freitas que, “perante vertiginosas mudanças no Século em curso, a atitude proporcional não será, na simples dúvida, nada fazer ou tudo impedir, mas cuidar para não ferir desnecessariamente as liberdades individuais e econômicas”¹⁰⁹.

Oportuno registrar que o princípio da proporcionalidade deverá ser observado não somente quanto ao “poder de polícia” como um todo, mas também em suas parcialidades, é dizer, os componentes integrantes de seu conceito devem ser proporcionais.

No entanto, a evolução do princípio da proporcionalidade não está satisfatória e completamente esboçada. Falta-lhe um importante componente a ser considerado¹¹⁰. Sobretudo, falta-lhe “introjetar a vedação de insuficiência ou omissão” (ou da proibição do déficit, como tratado em Portugal. Pelo *princípio da proibição do déficit* ou princípio da proibição da proteção insuficiente, portanto, exige-se que o administrador, se está obrigado a uma ação, não deixe de alcançar limites mínimos. O Estado é, assim, limitado de um lado, por meio dos limites superiores da proibição do excesso, e de outro, por meio de limites inferiores da proibição da não-suficiência¹¹¹. Exemplo disso ocorre quando o poder público a fim de “retirar de circulação alimentos deteriorados, destrói o estabelecimento comercial, incorre em manifesta violação causada pelo descomedimento, pecando por excesso. No extremo oposto, quando aplica advertência em situação na qual a gravidade da infração disciplinar recomenda a penalidade demissória, também, está a quebrar a proporção, por agir aquém do que seria de esperar, pecando por inoperância”. No primeiro caso, há violação por excesso, no segundo, violação por inoperância do Estado quanto ao cumprimento de tarefa dele exigido¹¹².

¹⁰⁹ GASPARINI, Diógenes. *Op. Cit.*, p. 125.

¹¹⁰ FREITAS, Juarez. **O Princípio Constitucional da Precaução...***Op. Cit.*, p. 10.

¹¹¹ Importa, contudo, observar que, embora a passos tímidos, a idéia da dupla face do princípio da proporcionalidade, vedando tanto as ações excessivas como a inoperância, conquistando espaço nos modernos ordenamentos jurídicos.

¹¹² LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 76. Para breve compreensão desta idéia, ciente da inexistência de espaço para desenvolvimento no presente relatório, refira-se, apenas à lição de Carlos Bernal Pulido, para quem, “a proibição de proteção deficiente pode ser definida como um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, a partir do qual poderá ser constatado se um ato estatal viola ou não um direito fundamental de proteção. Trata-se de compreender, assim, o

Portanto, evidenciada está a necessidade de “incorporar, uma vez por todas, ao teste da proporcionalidade dos ‘atos de polícia administrativa’, o exame atento e sensato de ambas as facetas, isto é, deve-se combater o exercício abusivo do ‘poder de polícia’ e, ao mesmo tempo, a ação estatal inoperante, já que esta última também agride o princípio da proporcionalidade, pois a omissão ou o descumprimento do dever estatal pode causar dano injusto e indenizável, se houver nexó direto e imediato”¹¹³.

5.4 Poder de polícia administrativa à luz do princípio constitucional/administrativo da prevenção

“O Estado Democrático deve ser o guardião, por excelência, das expectativas legítimas de presentes e futuras gerações”, assim enuncia Juarez Freitas, ao abordar o teor do princípio constitucional da precaução e o dever estatal de evitar danos juridicamente injustos¹¹⁴.

Inicialmente, antes de se sustentar a incidência dos princípios gerais administrativos da prevenção e da precaução no bojo do conceito sistêmico de poder de polícia¹¹⁵, desafio do presente estudo, mister ter em mente que o *próprio objeto da polícia*, nas palavras de Marcello Caetano, é a “prevenção dos perigos causadores de danos sociais, que significam os prejuízos causados à vida em sociedade ou que ponham em causa a convivência de todos os membros dela “(e que devem constar na lei)”¹¹⁶. Aliás, sobre a limitação das tarefas de polícia à

duplo viés do princípio da proporcionalidade: de proteção positiva ou de proteção de omissões estatais. Em outras palavras, tem-se que a inconstitucionalidade pode advir de um ato excessivo do Estado, ou pode advir de uma proteção insuficiente de um direito fundamental por parte deste (por exemplo, quando o Estado abre mão de determinadas sanções cujo objetivo é a proteção de direitos fundamentais). Esta dupla face do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos do poder público à Constituição, e tem como consequência a redução do espaço de conformação do legislador” (BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 798-799).

¹¹³ FREITAS, Juarez. **O Controle**...p. 248-249.

¹¹⁴ *Idem. Ibidem.* p. 249.

¹¹⁵ FREITAS, Juarez. **O Princípio Constitucional da Precaução e o Dever Estatal de Evitar Danos Juridicamente Injustos**. *Op. Cit.*, p. 1.

¹¹⁶ Destaca-se, desde já, a fina relação existente entre o direito ambiental e o poder de polícia, uma vez que, como ensina Toshio Mukai (MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado**. 4.ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 27), “as regras jurídicas que constituem o Direito

prevenção, clássica tornou-se a formulação do juspublicista Johann Stephan Pütter: “à polícia pertence cuidar de evitar males futuros; não é próprio da polícia cuidar de promover o bem estar”¹¹⁷. Todavia, este pensamento, felizmente, vem sendo alterado.

Dessa forma, mais uma vez com arrimo em Juarez Freitas, “por mais relevantes e justas que se mostram as reivindicações do tempo imediato, o Estado existe, sobretudo, para assegurar as regras do jogo contra os humores voláteis, as discricões excessivas, as irresponsabilidades para com o futuro e as demais causas geradoras de conflitos intertemporais”. E é amparado nessa lógica, que o mencionado autor destaca que merecem ser alargados os desafios para o fim de conferir eficácia ao princípio constitucional da precaução, *em todas as relações de administração, NÃO APENAS NO CAMPO AMBIENTAL, mas na chamada gestão de riscos*. (com ênfase aqui para o poder público, uma vez que este princípio também obriga os particulares). Assim, na área ambiental (mas não somente nela), *o princípio da precaução, dotado de eficácia direta, impõe ao Estado Democrático um conjunto de diligências não-tergiversáveis, ou seja, a obrigação de salvaguardar o direito fundamental ao meio ambiente sadio, com a adoção de medidas antecipatórias e proporcionais, ainda nos casos de incerteza quanto à produção de danos fundadamente temidos (juízo de verossimilhança)*¹¹⁸.

Também nessa lógica, ao tratar sobre as *mutações no direito administrativo*, Diogo de Figueiredo Moreira Neto destaca que, para a sua evolução, o direito administrativo não pode cingir-se a *acompanhar os acontecimentos apenas para acudir e prover a posteriori as soluções demandadas*. Faz-se necessário que se dê um passo a frente, possibilitando a criação de condições de *pesquisa prospectiva*, cada vez mais urgente para conduzir o avanço científico pela *previsão dos problemas*, os quais se esboçam no desenvolvimento das *tendências identificadas*,

Ambiental (...), são em sua maioria de natureza pública, mais precisamente, manifestações do exercício do poder de polícia”.

¹¹⁷ Cf. CAETANO, Marcello. *Op. Cit.*, p. 271.

¹¹⁸ MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**: Organização do poder político, Garantia e revisão da Constituição e Disposições Finais e Transitórias. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.t.3, p. 651.

de modo a que se possa antecipar as soluções institucionais pela orientação de seu próprio progresso, de forma criativa, ordeira e disciplinada. Outrossim, o mesmo autor ao discorrer acerca dos elementos propedêuticos do discurso sociológico (poder, segurança, ordem, direito e organização política), ensina que para que se alcance um nível aceitável de segurança na vida social, é necessário previsibilidade do curso dos acontecimentos, ou seja, um razoável nível de previsibilidade dos comportamentos individuais e coletivos¹¹⁹.

5.4.1 Conceito do princípio geral da prevenção, relação com o princípio da precaução e outras notas

Embora ciente das controvérsias existentes¹²⁰, será adotada, para fins deste estudo, a compreensão do princípio da prevenção como gênero, o qual abarca a precaução, impoendo-se, é claro, algumas considerações pertinentes.

Com efeito, destaca-se, primeiramente, a relevante observação de Vasco Pereira da Silva ao sustentar que embora o *princípio da prevenção, como princípio constitucional fundamental não privativo¹²¹ do direito do ambiente¹²²* tenha previsão expressa no artigo 66, n.º 2, da CRP, “nos últimos tempos, contudo, tem-se vindo a desenvolver uma importante tendência doutrinária no sentido de assimilar o princípio da prevenção à sua aceção mais restritiva, ao mesmo tempo que se procede à autonomização de um princípio da precaução, de conteúdo mais amplo”.

¹¹⁹ FREITAS, Juarez. **O Princípio Constitucional da Precaução e o Dever Estatal de Evitar Danos Juridicamente Injustos**. *Op. Cit.*, .p. 2 (sem grifo no original).

¹²⁰ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo: novas considerações (avaliação e controle das transformações). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 2, junho/julho/agosto, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 07 de janeiro de 2009, pp. 03 e 04.

¹²¹ A ilustrar a mencionada controvérsia, manifesta-se Carla Amado Gomes: “À primeira vista, prevenir e precaver seriam sinônimos, não se vislumbrando razões para a duplicação de termos. Contudo, a diferença existe, ainda que os corolários a retirar do princípio da precaução não sejam pacíficos”. (GOMES, Carla Amado. **A Prevenção à Prova no Direito do Ambiente**: em especial, os actos autorizativos ambientais. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 22).

¹²² Sobre a não-exclusividade dos princípios da prevenção e da precaução ao direito do ambiente, manifesta-se J.J. Gomes Canotilho ao sustentar que esses princípios são “hoje erguidos a princípios constitucionais e jus-internacionais estruturantes (...)”. – CANOTILHO, J.J. Gomes. **Terrorismo e Direitos Fundamentais**. In: **Estudos Sobre Direitos Fundamentais**. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 241.

Entretanto, esse autor prefere não distingui-los, ou seja, ao invés de autonomizar o princípio da precaução (o qual deve integrar o conteúdo da prevenção), sugere a construção de uma *ampla noção de prevenção*, “adequada a resolver os problemas com que se defronta o jurista do ambiente”. Assim, mais importante é ir além das palavras, integrando no conteúdo do princípio da prevenção (ou da precaução, se se preferir) uma dimensão que permita abarcar tanto acontecimentos naturais como condutas humanas susceptíveis de lesar o meio-ambiente, sejam elas actuais ou futuras”¹²³.

Entretanto, há quem prefira distinguir os dois princípios em questão.

Assim, conforme ensina Juarez Freitas, o princípio da prevenção *no Direito Administrativo, estatui, com aplicabilidade direta, que o Poder Público (além dos particulares, está claro), certo de que determinada atividade implicará dano injusto, está forçado a evitá-la, desde que no rol de suas atribuições e disponibilidades (...). Presentes os requisitos, o Estado Democrático tem o dever incontornável de agir preventivamente (certeza suficiente)*. Disso resulta que não se demonstra plausível tolerar a inércia do Estado brasileiro sob pena de responsabilização proporcional. São notas desse princípio a alta e intensa probabilidade (certeza) de dano especial e anômalo; a atribuição e possibilidade de o Poder Público evitá-lo e o ônus do Estado de produzir a prova de excludente do nexo de causalidade. O combate a futuros danos trazidos pela prática do tabagismo em lugares como café e aviões configura-se um dos exemplos do dever de prevenção¹²⁴.

Por outro lado, o princípio constitucional da precaução¹²⁵ (no direito brasileiro, com assento no artigo 225 da CF/88 e, mais recentemente, no artigo 1º da Lei da Biossegurança – Lei n.º 11.105/2005)¹²⁶ “traduz-se, nas relações administrativas (mas não só ambientais) como o dever de o Estado motivadamente

¹²³ Art. 66, n. 2 (CRP). (...) Para assegurar o direito ao ambiente, (...) incumbe ao Estado (...): a) **prevenir** e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão (sem grifo no original).

¹²⁴ SILVA, Vasco Pereira da. **Verde Cor de Direito**, *Op. Cit.*, pp. 66-68. A propósito dos argumentos contrários à autonomia do “princípio da precaução”, em razão: a) de natureza lingüística, b) de conteúdo material, e c) de técnica jurídica, vide pp. 67/73.

¹²⁵ FREITAS, Juarez. **O Princípio Constitucional da Precaução e o Dever Estatal de Evitar Danos Juridicamente Injustos...** *Op. Cit.*, p. 4.

evitar, nos limites de suas atribuições e possibilidades orçamentárias, a produção de evento que supõe danoso, em face de (a) fundada convicção (juízo de verossimilhança) quanto ao (b) risco de, não sendo interrompido tempestivamente o nexo de causalidade, ocorrer prejuízo desproporcional, isto é, manifestamente superior aos custos da atividade interventiva”. Contudo, esse princípio não pode ser fruto de temores excessivos/desarrazoados, como, por exemplo, cogitar a proibição do uso de telefones celulares¹²⁷.

Desta forma, para os defensores da autonomização do princípio da precaução, com a conseqüente distinção entre os princípios da precaução e da prevenção, verifica-se que a diferença mais marcante é, justamente, em relação ao grau estimado de probabilidade da ocorrência do dano (certeza X verossimilhança). Atente-se, ainda, que “a insuficiência reticente e a dose exagerada e irrealista de precaução, cada uma a seu modo, conduzem à idêntica inviabilidade do desenvolvimento humano pretendido, isto é, o desenvolvimento equilibrado, sensato e sustentável”. Por essa razão, sustenta-se que o bom equacionamento só é viável à luz dos princípios da motivação e proporcionalidade, justificadores, portanto, das *medidas interventivas das autoridades democráticas, sem exacerbação ou falta de diligência*. Some-se a isso o olhar atento e cauteloso que se deve ter em relação à precaução, uma vez que em sua versão exagerada pode levar à paralisia irracional – a demasia apresenta-se sempre nociva e geradora de danos juridicamente injustos e indenizáveis. O autor sintetiza da seguinte forma: *o Estado Democrático precisa agir com precaução, em sua versão*

¹²⁶ A propósito do princípio da precaução, Carla Amado Gomes (GOMES, Carla Amado. *Op. Cit.*) informa que este princípio traduz-se na “mais recente aquisição principiológica do Direito do Ambiente” (p. 28), tendo-se revelado operativo também noutros domínios, sobretudo ao nível do Direito da Saúde” (p. 29, nota n. 28), havendo, ainda, “quem o inclua no leque de princípios gerais do Direito Internacional, enquanto outros o reconduzem já a regra de Direito Internacional geral ou comum (...), e existem mesmo vozes que lhe negam o estatuto de princípio jurídico, devido à sua grande indefinição” (pp. 31-32).

¹²⁷ **Art. 1º** Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do **princípio da precaução para a proteção do meio ambiente**. (sem grifo no original)

*balanceada, apenas quando tiver motivos idôneos a ensejar a intervenção antecipatória proporcional, nos limites da tessitura normativa*¹²⁸.

Em última instância, o que se pode verificar é que na *praxis* administrativa e máxime no que se refere à atividade de poder de polícia, independentemente de se adotar uma noção ampla de prevenção (a englobar a precaução) ou de se adotar uma visão mais restritiva desta, com a autonomização do princípio da precaução, certo é que “o princípio da precaução, congruentemente fundamentado, determina uma inovadora lógica de atuação do Estado: a lógica das estratégias prudentes de longo prazo”¹²⁹. Esse princípio deve ser, portanto, bem assimilado para que seja considerado um forte instrumento no combate ao tosco imediatismo “na luta contra os maiores fatores de risco da atualidade, entre os quais avultam os prejuízos dramáticos à biodiversidade, a erosão dos solos, o descontrole dos produtos tóxicos, o aquecimento global e o crescente impacto ambiental ‘per capita’ nas sociedades de consumo”¹³⁰.

5.4.2 Princípio da prevenção, novos direitos e evolutiva expansão em todas as searas de incidência do poder de polícia administrativa

Partindo-se da compreensão de que princípio da prevenção deve servir como diretriz aplicável a todas as relações de administração e não somente na seara ambiental, é que se ousa sublinhar como nota essencial e integrante do conceito do “poder de polícia” na ótica atual, a obediência a esse novel princípio constitucional.

Assim, “o princípio constitucional da precaução”¹³¹, bem assimilado, implica um novo modo de pensar o Direito como *sistema*. Encontra seu melhor esclarecimento na fina conexão com os princípios da motivação e da proporcionalidade, deonticamente estruturados de ordem a determinar, sob pena de vício grave, que o Estado Democrático atue, antecipatoriamente, na salvaguarda

¹²⁸ FREITAS, Juarez. **O Princípio Constitucional da Precaução e o Dever**. *Op. Cit.*, pp. 4-5.

¹²⁹ FREITAS, Juarez. **O Princípio Constitucional da Precaução e o Dever**. *Op. Cit.*, p. 5-7 e 9.

¹³⁰ *Idem. Ibidem*. pp. 10-11.

¹³¹ *Idem. Ibidem*. pp. 11-12.

do ambiente saudável e propiciador do bem-estar, a longo prazo”. Assim, (...) “o princípio da precaução, com os juízos de verossimilhança que o perfectibilizam e respeitada a reserva do possível orçamentário, deve ser exercido de maneira a coibir excessos e insuficiências. Somente será legítimo, se acompanhado de motivação consistente, que dê conta da hierarquização equilibrada dos direitos fundamentais, notadamente dos direitos sociais e coletivos”¹³².

Dessa forma, a ordem agora é a de refletir. E refletir sobre essa evolução significa refletir sobre a nova ordem constitucional, sobre os novos paradigmas orientadores do direito administrativo contemporâneo. A abstenção privada já não mais é suficiente. A atualidade impõe a promoção da ordem pública e realização dos direitos fundamentais (definidos a partir da dignidade da pessoa humana) alheios e os interesses coletivos, os quais também envolvem os deveres de colaboração ativa por parte de todos os integrantes da comunidade¹³³. Esses mandamentos poderão ser verificados, por exemplo, na segurança das edificações, em que os edifícios públicos devem dispor de saídas de emergência, edificadas de acordo com as normas apropriadas, bem como na segurança alimentar, em que é exigido do comerciante providências no sentido de impedir a deterioração de alimentos perecíveis e ainda informar aos consumidores adequadas informações acerca da composição e efeitos dos produtos, dentre outras prestações. Assim, o poder de polícia administrativa deve ser compreendido como “um instrumento da eficácia horizontal¹³⁴ dos direitos fundamentais, deixando de ser um simples instrumento de defesa da liberdade e da propriedade”¹³⁵.

¹³² Com a observação de que, conforme exposto alhures, compartilha-se do entendimento de que o princípio da prevenção deve ser tomado em sentido amplo, razão pela qual são tratados ambos os princípios indistintamente, sem prejuízo de posições contrárias.

¹³³ FREITAS, Juares. **O Princípio Constitucional da Precaução e o Dever...** *Op. Cit.*, pp. 18-19.

¹³⁴ Por oportuno, esclareça-se, apenas, que este apontado dever de colaboração ativa constitui uma das características decorrentes da transformação social imposta pela globalização, com a cosequente redução da atuação estatal e concomitante convocação da sociedade e empresas privadas com o fito de “promover a satisfação de necessidades de cunho coletivo”. (In: JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, p. 18).

¹³⁵ Informe-se que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é um dos traços característicos do moderno direito administrativo, podendo ser traduzida na “intervenção destinada a assegurar a reavaliação dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre os particulares” (In: JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, p. 14).

¹³⁵¹³⁶ Cf. *Idem. Ibidem.* p. 493.

5.5 Novos paradoxos relativos ao poder de polícia administrativa e a busca da sua sistematização, sob o signo da “Administração Prestadora e Interveniente” e da “Administração Ordenadora”

A noção de poder de polícia foi pensada para um Estado mínimo, não interventor na economia¹³⁶, voltado à imposição de limites negativos à liberdade e à propriedade, criando condições para a pacífica harmonização dos direitos. Por essa razão, o poder de polícia era definido como “imposição ao particular do dever de abstenção, de não fazer”. No entanto, “modernamente, a interferência estatal se modificou e mudou de qualidade, por conta da superação do liberalismo clássico. O Estado Social, mais do que pretender a harmonização dos direitos individuais, impõe projetos a serem implementados coletivamente: o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades, a proteção do meio ambiente, a proteção do patrimônio histórico. De atuação restrita ao campo *microjurídico*, o Estado avançou para o setor *macrojurídico*”. Com isso, essas expressões cunhadas por Eros Grau e reproduzidas por Carlos Ari Sundfeld, significam que o objeto do tratamento microjurídico traduz-se na unidade de atividade e de sujeito, ao passo que o objeto de tratamento macrojurídico traduz-se em objetos agregados de atividades e de sujeitos. Assim, em face do atual perfil do poder de polícia, Sundfeld, com muita propriedade, coloca o seguinte questionamento acerca das perplexidades advindas com o controle estatal da economia - onde enquadrar as novas ações governamentais, como por exemplo, a ação voltada a obter o cumprimento da função social da propriedade, traduzida na exigência de seu adequado aproveitamento, e não na simples observância de barreiras negativas? Onde enquadrar a imposição do dever de vender produtos de primeira necessidade, do tabelamento de preços e de outras tantas medidas? É possível abrigar todas essas questões dentro da elástica compreensão do poder de polícia? Para tanto, faz-se necessário perquirir sobre a natureza jurídica do poder de polícia e qual a sua localização no sistema. Isso porque, “quando se observa o surgimento de novos ramos, como direitos econômico, urbanístico, ambiental, agrário, sanitário, todos ligados, embora não exclusivamente, ao estudo da ação governamental sobre a

¹³⁶ Cf. *Idem. Ibidem.* p. 493.

vida privada, nota-se que a ciência do direito administrativo não tem sabido oferecer uma teoria geral apta a ser aplicada a cada um deles. (...) A dificuldade de encontrar alguma harmonia entre liberdade de iniciativa econômica, princípio da legalidade e controle estatal de preços, por exemplo, ou entre proteção do patrimônio cultural e ambiental e direito de propriedade é indicativo claro e sério dessa insuficiência”¹³⁷.

Tudo isso vem ao encontro do quadro denominado de “Administração Prestadora e Interveniente”¹³⁸ em que vivemos. Esse fenômeno, como ensina Vasco Pereira da Silva, realça o crescimento do número de atuações administrativas e da diversidade de modalidades de que se revestem, ao par de certa regularidade, freqüência e caráter duradouro de agir. Com muita propriedade, o autor coloca que, atualmente, como inovação que se vem consolidando, “o acto administrativo já não tem apenas por missão determinar autoritariamente o direito aplicável ao particular, mas também (e em certos domínios, sobretudo) a prossecução de interesses públicos através da satisfação de interesses dos privados, a quem presta bens ou serviços”. Com isso, inaugurou-se uma nova categoria, desconhecida da clássica doutrina do Direito Administrativo (de Mayer e Hauriou – para quem o ato administrativo típico era o da administração da polícia, ou seja, o ato ‘desfavorável’ para o particular), que corresponde ao ato administrativo favorável aos particulares ou constitutivo de direitos. Disso resulta que “agora, o particular, numa situação de dependência perante a Administração, não somente deseja que a Administração actue, como solicita mesmo essa intervenção. O acto administrativo deixou de ser visto apenas como uma agressão da esfera individual, para passar a ser igualmente um instrumento de satisfação de interesses individuais”. Assim, “os problemas jurídicos novos colocados pelos actos da Administração prestadora dizem, por isso, respeito, já não à garantia do domínio individual através da não intervenção administrativa, mas antes à protecção dessa esfera individual por intermédio da actuação das autoridades administrativas, mediante o

¹³⁷ O que Vasco Pereira da Silva denomina de “administração (liberal) agressiva, caracterizada pela intervenção esporádica e intermitente – In: **Em Busca do Acto Administrativo Perdido...**, *Op. Cit.*, p. 99.

¹³⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. Cit.*, pp. 14-15.

reconhecimento e atribuição de direitos, ou pela satisfação de interesses privados”¹³⁹.

No entanto, diante das constatações apontadas, mister admitir-se a necessidade de elaboração de ampla e novel sistematização de toda a atividade de regulação administrativa da vida privada. Para tanto, precisa-se de novas categorias, nova terminologia, abandonando-se não só a expressão *poder de polícia*, mas, também, a noção que a recobre. Daí por que, Sundfeld sustenta que para que se possa reconstruir a teoria da ação administrativa deve-se passar por, pelo menos, três grandes setores, quais sejam, a *administração de gestão*¹⁴⁰, a *administração fomentadora*¹⁴¹ e a *administração ordenadora* (que aqui nos interessa). A expressão *administração ordenadora* remonta à doutrina alemã que superou o arcaísmo e acanhamento do poder de polícia, entendendo-a como contraposta à administração prestacional, que presta serviço aos administrados. Corresponde à *parcela da função administrativa, desenvolvida com o uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo de atividades que lhes é próprio*¹⁴².

Contudo, revela Sundfeld, a substituição do *poder de polícia* pela *administração ordenadora* não se constitui em simples alteração de rótulos, mas, sim, em substituição da postura metodológica. Todavia, uma breve digressão terminológica impõe-se salutar para a compreensão, é dizer, a expressão poder de polícia afigura-se inconveniente porque: i) relacionada à realidade jurídica que não mais vigora, ou seja, remete a um poder (o de regular autonomamente as

¹³⁹ Vasco Pereira da. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. *Op. Cit.*, pp. 99-101

¹⁴⁰ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. Cit.* p.16, “corresponde à função de gerir determinadas atividades”. Engloba, na expressão usada por Celso Antônio Bandeira de Mello, “o oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados”. Possui dupla modalidade: prestação de serviços públicos (reservados ao Estado) e de serviços sociais (dispensa exclusividade).

¹⁴¹ Cf. *Idem. Ibidem.* p. 16, “corresponde à função de induzir, mediante estímulos e incentivos – prescindindo, portanto, de instrumentos imperativos, cogentes – os particulares a adotarem certos comportamentos. Ex.: concessão de bolsas de estudos, incentivos fiscais”. Alerta-se, como bem referiu o citado autor, que tal tripartição já vem sendo defendida por Eros Grau, em sua obra. referiu o citado autor, que tal tripartição já vem sendo defendida por Eros Grau, em sua obra *Elementos de Direito Econômico*, p. 65), embora com função mais restrita e terminologia diversa.

¹⁴² *Idem. Ibidem.* p. 16.

atividades privadas) de que a Administração dispunha antes do Estado de Direito, mas que com sua implantação foi transferido ao legislador; ii) está vinculada ao modelo do Estado liberal clássico, o qual somente poderia intervir na vida privada para exercer uma regulação negativa, impondo deveres de abstenção, e, modernamente a Constituição e as leis autorizam outras formas de imposição; iii) supõe a existência de um poder discricionário implícito a legitimar a interferência na vida privada que, se pode existir em matéria de ordem pública, não pode em outras, para as quais a doutrina, acriticamente, o transportou, em nome do conforto em seguir a usar antigas teorias¹⁴³.

Com efeito, a idéia de administração ordenadora “resulta da necessidade de o jurista conhecer casuisticamente as atividades governamentais e mostrar como, em relação a cada uma delas, devem incidir os princípios gerais do direito administrativo. Usando a terminologia consagrada pelos cultores da informática: ela é mero aplicativo, desenvolvido com os recursos do sistema operacional ciência jurídico-administrativa, fora do qual não pode funcionar. Não é uma parte do direito administrativo; é todo ele aplicado a um conjunto de atividades estatais.” Dessa forma, Sundfeld propõe a eliminação do termo poder de polícia.

Ademais, a administração ordenadora tem como principais características: i) estar voltada à ordenação do campo privado (e não público) – ordenando o comportamento dos particulares, através de comandos cogentes, derivados do poder de autoridade; ii) desenvolve-se dentro de uma relação genérica da Administração com os particulares (e não de uma relação especial); iii) trata-se de exercício de ação administrativa; iv) com a utilização do poder de autoridade. (p. 20). Em suma, “a administração ordenadora consiste na interferência estatal autoritária sobre a vida privada. Supõe o emprego de instrumentos com intensidades e finalidades muito variadas, incidindo sobre a esfera jurídica dos particulares em múltiplas variações. O mais evidente deles é a imposição, através de comandos cogentes, de padrões de comportamento (proibição de certos atos, dever de realizar prestações, etc.), cuja inobservância gera a aplicação de sanções

¹⁴³ *Idem. Ibidem*, p. 17.

(ex.: perda do direito, multa) ou a coação (destruição de alimentos deteriorados, etc.). Porém, o uso da autoridade surge também em versão mais sutil. É o caso dos atos ampliativos de direito, que conferem situação jurídica a que os sujeitos não teriam acesso sem a outorga administrativa (ex.: aquisição da cidadania brasileira por estrangeiros)". Ademais, "em relação aos elementos do que propõe *administração ordenadora*, em relação à concepção do poder de polícia administrativa, embora observem um eixo finalístico comum – o interesse público – identifica-se na idéia da utilização do poder de autoridade como fundamento da interferência da Administração na vida privada, um sensível fortalecimento da vinculação ao princípio da legalidade. Esta que, embora já fosse de ser respeitada pelos modernos conceitos de poder de polícia, o eram, em grande parte, mais pela projeção do princípio constitucional específico sobre a Administração e, por via reflexa, ao poder de polícia administrativa, do que como elemento de conceito deste. Na definição preconizada por este autor, a lei não apenas indica a finalidade, como lhe forma o exato conteúdo. Assim estabelece os dois fundamentos elementares da relação jurídica de direito público do Estado com os particulares, quais sejam, a posição de autoridade daquele em relação a estes, e a limitação desta autoridade observada pelos critérios da competência para atuação e o respeito aos interesses dos particulares"¹⁴⁴.

Ainda, na mesma esteira do referido fortalecimento da vinculação ao princípio da legalidade, Sunfeld alerta para o fato de que o "interesse público – que tem prioridade em relação ao particular – é apenas o que a lei assim tenha definido. Descabe ao administrador invocar vaga e imprecisa noção de interesse público, para com ela constranger a liberdade dos indivíduos. Indispensável, sempre e necessariamente, para certo valor sobrepor-se ao interesse individual, que tenha sido fixado com clareza – de modo expresso ou razoavelmente implícito – pela lei. Tal não significa a afirmação de um legalismo estrito. A Administração não age apenas de acordo com a lei; subordina-se ao que se pode chamar de bloco de legalidade. Não basta a existência de autorização legal: necessário atentar à

¹⁴⁴ Cf. MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **O poder de polícia da administração e sua delegação.** *Op. cit.*, p. 07, oportunidade em que o referido autor trata da lógica da administração proposta por Carlos Ari Sundfeld.

moralidade administrativa, à boa-fé; à igualdade, à boa administração, à razoabilidade, à proporcionalidade – enfim, aos princípios que adensam o conteúdo das imposições legais”¹⁴⁵.

Neste cenário, ao tratar de construir um conceito de direito administrativo que aspire ter validade universal, ou seja, *que seja tão verdadeiro na França como nos Estados Unidos, no Brasil como em Portugal, no Líbano como Israel*, Marcello Caetano assevera que “para o Direito Administrativo aspirar a ser uma disciplina científica e até para nos entendermos internacionalmente usando um vocábulo técnico que não iluda ninguém, é indispensável que o seu conteúdo tenha o mesmo significado em toda a parte”. E adverte que “claro que um conceito que aspire, na esfera do Direito, a ter validade universal não pode deixar de ser formal. Não pode incluir muitos elementos materiais nem descer a pormenores na caracterização da realidade definida. Mas, assente a noção geral, cada um poderá depois acrescentar que o Direito Administrativo no seu país tem mais este ou aquele traço a considerar”¹⁴⁶. Essa é, pois, a mesma lógica que se almeja registrar no presente trabalho no que se refere à reflexão acerca da necessidade de construção de um conceito sistêmico de poder de polícia, apto a acompanhar as transformações da sociedade e que possa vigorar numa ótica de compreensão global.

Ademais, imprescindível, no início deste século, empreender esforços na superação de barreiras e discussões com amarras na era anterior. Quer-se, com isso, dizer que entraves doutrinários quanto à possibilidade de delegação do poder de polícia aos particulares, por exemplo, ou a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública, devem ser superados. A lógica a imperar precisa ser a do diálogo, da interligação entre os sistemas jurídicos estabelecidos

¹⁴⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. *Op. Cit.*, pp. 31-32.

¹⁴⁶ CAETANO, Marcello. *Op. Cit.*, p. 18. Nesse sentido, o autor refere que a polícia dita geral tem as mesmas finalidades em toda a parte: manutenção da ordem pública, garantia da segurança individual, prevenção da criminalidade e a defesa dos chamados “bons costumes”. Contudo, destaca, as polícias especiais é que variam de país para país. Alguns mais rigorosos, com maior número de atividades consideradas perigosas, com maior intervenção. Outros mais liberais. Exemplo disso é que embora na maior parte dos países existam limitações à aquisição, detenção e uso e porte de armas de defesa ou de caça, bem como de substâncias explosivas, há países, em geral vastos e de recente formação em que a posse de armas é livre e sua aquisição está sujeita a um controle brando (*op. cit.*, p. 281).

na busca cada vez mais igual e avançada da promoção do bem comum (interesse público). Assim, todo o empenho e agregação de atividades, toda a possibilidade de alargar o uso dos instrumentos disponíveis deverá ser celebrado. Na lógica da globalização em que está inserido o direito administrativo moderno, não parece ser acertado perder de vista a colaboração de todos e também dos modernos instrumentos tecnológicos disponíveis. Foi esse o convite que o presente estudo consigo carrega: estimular a revisitação do tradicional conceito de poder de polícia e ao mesmo tempo propor uma nova leitura à luz da visão sistêmica do direito, do primado dos direitos fundamentais e de novos paradoxos, sempre com vistas ao aprimoramento do interesse público a acompanhar as transformações sociais.

Ainda, nessa lógica de contemporaneidade do poder de polícia e sua nova perspectiva, Rui Machete oferece valiosa contribuição ao tecer duas observações: “(...) se a Constituição tem sido ágil em consagrar aspirações legítimas dos cidadãos em matéria de relações com a Administração, abrindo o caminho para um novo paradigma em que os particulares já não serão tratados como súbditos, o legislador ordinário e a prática burocrática têm sido muito mais morosos em dar satisfação a essas injunções; em segundo lugar, que, apesar da relativa pujança da doutrina actual, se têm multiplicado em trabalhos de bom nível científico, se registra ainda um déficit de reflexão teórica que facilita algumas hesitações a até desorientações na prática administrativa e em arestos dos tribunais”¹⁴⁷.

6 CONCLUSÃO

Os aspectos tratados na presente investigação não esgotam o rico e sempre atual temário a respeito do poder de polícia. As alterações sociais, políticas e econômicas da modernidade, aliadas à permanente incorporação “de novas tecnologias na atividade empresarial produziram a ampliação das competências estatais de polícia (...)”¹⁴⁸. Resultado disso é a nova reflexão que se impõe a partir

¹⁴⁷ Cf. MACHETE, Rui Chancerelle de. *Op. Cit.* pp. 282-283.

¹⁴⁸ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, p. 503.

da atualização de fórmulas e conceitos, como vem ocorrendo com a sugerida nova compreensão do *poder de polícia administrativa* sob a perspectiva de novos elementos, que se procurou demonstrar, em especial com o acréscimo do princípio constitucional/administrativo da prevenção, outrora pensado, tão-somente, no quadro do direito do ambiente.

Com efeito, o poder de polícia administrativa ou as “limitações administrativas” no atual estágio do direito administrativo, corresponde ao amplo atendimento de elementos que se encontram em consonância com uma *visão sistemática do direito*, na qual necessariamente deve ser compreendido o moderno direito administrativo. Para ser sistêmico, portanto, deve-se observar irrestritamente os princípios informadores de toda a ordem constitucional (em que pese as variantes existentes em cada ordenamento jurídico) e também à dignidade da pessoa humana, entendida como fundamento e limite do ordenamento jurídico, com atenção ao primado dos direitos fundamentais e obediência à nova lógica interventiva da Administração Prestadora. Imprescindível, outrossim, contar com a abertura e colaboração dos particulares, sem delegar as funções que são privativas do poder público e também com a nova compreensão do princípio da legalidade e da proporcionalidade em sentido amplo, este considerado em sua dupla dimensão (princípio da proibição do excesso e princípio da proibição défice).

Outrossim, pela lógica prestadora e intervencionista que serviu de fio condutor do trabalho que ora se encerra, já não se pode perder de vista a compreensão de que se está diante de uma dimensão não apenas negativa, como outrora, mas positiva do poder de polícia administrativa e também preventiva, uma vez que o princípio geral da prevenção deve ser incorporado ao ambiente sistêmico que se requer (e não apenas ao direito ambiental), a fim de conciliar a organização da convivência social, com as restrições de direitos e liberdades, numa lógica preventiva e garantidora das presentes e futuras gerações, atendo-se aos novos direitos, sem jamais olvidar do interesse público, objetivo central a pautar toda a atuação administrativa, máxime, a ação administrativa exercida pelo poder

de polícia. O comando agora deve ser tendencialmente mediador e promocional, deixando-se de lado uma tendência repressiva como sinônimo de um tempo distante.

Em harmonia com as idéias aqui expostas, é preciso lançar um novo olhar que compreenda a evolução do direito em harmonia com as transformações sociais. Buscou-se, com o presente estudo, instigar esse caminho que já se encontra aberto para que sirva de espaço para profundas e benéficas mudanças na regência das relações administrativas e, máxime, relativas ao “poder de polícia”.

Demais disso, faz-se imperioso concluir que, em meio à pressa aflita imposta pela nova ordem globalizada, foi chegada a hora de voltar o relógio no tempo para refletir, evoluir e seguir caminhando. Depois disso, é preciso avançar os ponteiros do relógio, ousar, errar e arriscar, mas afinal de contas, tentar. Tentar buscar novas compreensões sobre institutos que regem as nossas vidas, dentre eles o *poder de polícia administrativa* e o próprio direito administrativo inseridos numa lógica global e plural. Assim, espera-se que tenhamos compromisso com o nosso tempo e com o mundo em que vivemos. Que participemos e contribuamos para que dias melhores sempre estejam a nascer!

Nessa quadra de idéias, como bem aponta o jurista brasileiro Luís Roberto Barroso, “As palavras da temporada são globalização, eficiência e competitividade internacional. Não se derrotam fatos consumados. Mas a inevitabilidade de determinados processos não significa que se deva abdicar da reflexão crítica sobre eles e afetar-lhes o curso, na medida do possível”¹⁴⁹.

Por derradeiro e já se encaminhando para o fechamento deste trabalho, pede-se vênia para, parodiando Vasco Pereira da Silva, concluir que não apenas no direito ambiental, mas também na lógica do poder de polícia administrativa, “sopram ventos e estes trazem mudanças”¹⁵⁰. Deixa-se o sentimento de

¹⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. Leveza, Humor e Poesia em Tempos de Globalização. In: **Temas de Direito Constitucional**. 2.ed., Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002, p. 644.

¹⁵⁰ SILVA, Vasco Pereira da. Ventos de Mudança no Direito do Ambiente: a Responsabilidade Civil Ambiental. **Revista de Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, HS Editora PUCRS Ano 3, n.7, abr./jun. 2009. p. 81.

sistematização e renovação que se torna a bandeira e o fundamento último deste estudo. Como conclusão, cumpre admitir que se deixa um caminho a trilhar e um convite a novas reflexões.....a pensar, repensar e refletir esse clássico e indispensável instituto do direito administrativo, com a harmonização dos novos tempos que se aproximam.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Leveza, Humor e Poesia em Tempos de Globalização. In: _____. **Temas de Direito Constitucional**. 2.ed., Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002.

BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

CAETANO, Marcello. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Terrorismo e Direitos Fundamentais. In: _____. **Estudos Sobre Direitos Fundamentais**. 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. As relações Jurídicas Administrativas de Prestação de Cuidados de Saúde. **Revista de Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, HS Editora PUCRS, Ano 3 , n. 7, pp.13-46, abr./jun. 2009.

DALLARI, Adilson Abreu. Formalismo e Abuso de Poder. **Revista Brasileira de Direito Público**, RBDP, Belo Horizonte, Fórum, Ano 1, n. 1, abr./jun. 2003.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 3.ed., rev.e amp. São Paulo: Malheiros, 2004

_____. **A interpretação sistemática do direito**. 3.ed. Porto Alegre: Malheiros, 1995.

_____. Princípio da precaução: vedação de excesso e de inoperância. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, Notadez, Ano VII, n. 35, p. 33-47, 2006.

_____. **O Princípio Constitucional da Precaução e o Dever Estatal de Evitar Danos Juridicamente Injustos**. Disponível em:

<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1205505615174218181901.pdf>
f. Acesso em: 08 set. 2009.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 7.ed. São Paulo:Saraiva, 2002.

GOMES, Carla Amado. **A Prevenção à Prova no Direito do Ambiente**: em especial, os actos autorizativos ambientais. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MACHETE, Rui Chancerelle de. **Estudos de Direito Público**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MAFFINI, Rafael da Cás. **Direito Administrativo**. 2.ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán**. 2.ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, [s.d.]. t.1, t.2 e t.3.

MEDAUAR, Odete. **Poder de Polícia**. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 199:I-VI, 1-44, jan./mar. 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço Público e Poder de Polícia: Concessão e Delegação. **Revista Trimestral de Direito Público**, v. 20, São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 21-28.

_____. **Direito Administrativo**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. O poder de polícia da administração e sua delegação (da impossibilidade do exercício do poder de polícia pelo ente privado). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 47, nov. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=455>. Acesso em 30 de janeiro de 2009.

MIRANDA, Jorge. **Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais**. Estoril: Editora Principia, 2006.

_____. (regência). Estudos de Direito de Polícia. In: SEMINÁRIO DE DIREITO ADMINISTRATIVO de 2001/2002. **Anais....** Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2003. v.1 e v.2.

_____.; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada: Organização do poder político, Garantia e revisão da Constituição e Disposições Finais e Transitórias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.t.3

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo: novas considerações (avaliação e controle das transformações). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.2, jun. a ago., 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 07 de janeiro de 2009.

MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado**. 4.ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Vasco Pereira da Silva. **Em busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 1996.

_____. **Verde Cor de Direito**: Lições de Direito do Ambiente. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. Ventos de Mudança no Direito do Ambiente: a Responsabilidade Civil Ambiental. **Revista de Direitos Fundamentais e Justiça**, Ano 3, n. 7, abr./jun. 2009. Porto Alegre: HS Editora / PUCRS, pp. 81-88.

SOUSA, Marcelo Rebelo e André Salgado de Matos. **Direito Administrativo Geral**: Introdução e princípios fundamentais. 3.ed. Alfragide, Portugal: Dom Quixote, 2008.t.1.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003.

TÁCITO, Caio. Princípio da Legalidade e Poder de Polícia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 227:39-45, jan./mar. 2002.

[voltar ao índice](#) ▲

[início do texto](#) ▲

Reflexões sobre Regulação, Gestão Pública e Desenvolvimento do Cidadão a partir da intensidade da sua convicção no Direito

Phillip Gil França¹

Sumário: i) Introdução; ii) Direito e convicção jurídica.; iii) Efetividade do Direito e desenvolvimento do cidadão; iii.i) Cidadão; iii.ii)Desenvolvimento; iii.iii) Regulação; iii.iv) Gestão Pública; iv) Conclusão.

i) Introdução:

Não desvie do caminho, afirmou Mestre Confúcio² e popularizou Frank Baum na fábula do Mágico de OZ. Referiam-se ao caminho que leva sempre a algo melhor do que se tinha, coberto por aprendizados essenciais para a elevação da alma humana. Ponderaram sobre o caminho que apresenta uma série de desafios a serem superados para tornar aquele que o trilha uma pessoa melhor. E o que move as pessoas nos caminhos que as tornam melhores? De forma geral, é a *convicção desenvolvimentista* – ou o acreditar no *ser e viver melhor* – envolta nos ladrilhos desse caminho. Ou seja, os homens precisam acreditar que tudo o que virá será melhor do que já passou. E essa convicção na possibilidade de *ser, fazer e ter* algo melhor é um dos principais combustíveis viabilizadores da interação do homem consigo e com o meio onde vive. Compreende-se, dessa maneira, que a busca do desenvolvimento intersubjetivo é bioticamente (sim, de todos os seres vivos entre si) inevitável³.

¹ Doutorando e mestre em Direito do Estado pela PUC-RS. Coordenador e professor (graduação e pós-graduação) da Faculdade de Direito da Universidade Tuiuti do Paraná. Professor da Escola da Magistratura do Paraná e da Escola Superior da Advocacia – OAB/PR. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/PR. Autor do livro 'Controle da Administração Pública, RT, 2ª Ed. São Paulo. 2010. Advogado e consultor jurídico

² Conforme CONFÚCIO. *Os Analectos*. Trad. do inglês de Caroline Chang. Trad. do chinês de Dim Cheuk Lau. L&PM, Porto Alegre: 2009.

³ Porque precisam constantemente promover adaptações às alterações do meio onde vivem, conforme teoria de Darwin.

Nesta linha, pretende-se levantar algumas reflexões sobre como essa convicção (*fé*) *desenvolvimentista* influencia o Direito (considerando sua marcante característica de ser uma ciência integralmente dependente da vontade humana) e como o homem se relaciona com o ambiente a sua volta. Isto porque, diferente de outras ciências, tem-se no Direito uma racionalização da vontade do homem para atender a uma chamada *legítima vontade humana*, como aquela intersubjetivamente aceita, mas carente de força coercitiva externa para ser seguida por uma determinada sociedade.

Ou seja, a partir do Direito faz-se uma verdadeira gestão da vontade humana intersubjetiva para o alcance do interesse comum, por meio de determinada regulação das atividades do homem. E, quando se refere ao universo comum (sociedade) a ser tutelado pelo Estado, propõe-se investigar a influência da convicção jurídica no modo e alcance de uma necessária gestão pública (na intensidade proporcional à crença que se tem no Sistema estatal).

No Direito, materializa-se tal raciocínio de ciência feita do homem, voltada ao homem, nos limites de suas *convicções* – e porque não dizer: na sua ‘*boa ou má vontade*’ de agir dessa ou daquela maneira. Assim determinado, ao comparar o Direito com as ciências biológicas (medicina, odontologia, etc.) e as ciências exatas (matemática, física, etc.) as quais, além da racionalidade humana, dependem fortemente da natureza para definições dos seus rumos para o alcance de suas conclusões inteligíveis ao homem, observa-se claramente nestas ciências as fronteiras (limites) da ação e da vontade do homem. Isto é, por maior que seja a boa vontade e esforço do homem, não se pode superar a *morte*, não se pode ignorar a *força da gravidade*, não se pode deixar de lado as conclusões *matemáticas e químicas resultantes da contemplação do meio ambiente*, etc. Já ao Direito, determinações podem sim ser alteradas; conclusões estabelecidas como finais possuem caminhos de escape para, eventualmente, uma ‘*melhor*’ solução; normas devem ser mutáveis em razão da sua necessária adaptação ao sempre indeterminado novo tempo e espaço e etc.

Dessa maneira, para justificar sua existência e necessidade, cabe ao Direito, como ciência nascida do homem como reflexo da vida do homem, buscar abrigo na

crença (convicção) humana sobre a boa qualidade de vida que precisa nutrir e da constante persecução de desenvolvimento mais rápido e melhor durante sua existência – conforme padrões *de eficácia, eficiência e efetividade*. O Direito, então, feito pelos homens, muitas vezes gaba-se de aparente independência das forças alheias à vontade humana, pois caracteriza-se por tentar adaptar tais forças naturais ao que se pretende, contrariamente àquelas ciências citadas, pois refletem as ações da natureza ao cotidiano humano, buscando adaptar o homem aos ditames naturais.

Qual então é a melhor forma de utilização do diferencial humano ‘*racionalidade*’ no mundo conhecido? Tentar adaptar a natureza à racionalidade humana ou tentar adaptar a racionalidade humana à natureza? *Ou talvez exista alguma outra forma do homem perceber que o que se vive é o que se acredita, e o que se acredita pode transformar a natureza para uma vida melhor consigo e com os demais elementos bióticos e abióticos que o circunda?* Em outras palavras, a *convicção desenvolvimentista* deve ser voltada para o bem e para manutenção dos elementos mantenedores do meio onde se vive, para que esse próprio homem possa ter condições de continuar, racionalmente, arquitetando novos e melhores caminhos. Alcança-se esse desiderato, conforme sugestão do presente estudo, a partir de uma adequada gestão pública dos partícipes de um determinado Estado (ou até mesmo entre Estados), via regulação das atividades envolvidas, mediante critérios conformadores dessa boa prática estatal adiante indicados.

Desta forma, a partir desse raciocínio sugerido – do homem acreditar no sistema que criou para a viabilização do seu desenvolvimento quantitativo e qualitativo – propõe-se refletir sobre as afetações do Direito em relação à *convicção desenvolvimentista* do ser humano e como critérios estabelecidos de ‘*adequada gestão pública*’ podem auxiliar no alcance de tal objetivo.

ii) Direito e Convicção Jurídica

O Direito, em sua etapa final, é representado por normas jurídicas que determinam ou delimitam a atuação dos partícipes do Estado, por intermédio de regras, princípios e valores jurídicos que o conformam como *sistema* de regulação estatal.

Anteriormente ao universo jurídico, a regulação da atividade humana vem, primordialmente, da necessidade do homem de organizar o seu raciocínio como uma forma de auto-interação para, então, conseguir interagir com o meio onde está inserido com o fito de viabilizar (ou satisfazer) a realização do seu básico instinto⁴ de desenvolvimento.

Definir *o que fazer, como fazer e quando fazer* são atitudes indispensáveis para que homem, primeiro, compreenda-se em uma auto-regulação e, após, entenda o seu papel no meio ambiente e como o mundo externo ao seu universo subjetivo o afeta (para o estabelecimento de critérios racionais de regulação ambiental e social).

Isto é, a regulação de atividades intersubjetivas nasce, primordialmente, de uma auto-regulação subjetiva. Isto posto, um elemento básico de uma determinada convicção subjetiva de atividades viabilizadoras de desenvolvimento configura-se, justamente, *no acreditar em seu resultado em potencial*. E essa crença, quando dividida e legitimada entre os cidadãos como elemento verdadeiramente viabilizador do desenvolvimento esperado, passa a ser protegida pelos sujeitos envolvidos desse compartilhamento de idéias e, assim, torna-se cogente para os mesmos.

Basicamente, rotulou-se *Direito* essa obrigatoriedade de ter uma determinada convicção voltada a uma idéia comum a um dado grupo de pessoas em específico momento e espaço. Tem como objetivo o desenvolvimento individual e intersubjetivo do cidadão e de todo o sistema estabelecido – na condição de conjunto de dicções cogentes e legítimas socialmente (normas), próprias de um Estado Democrático de Direito. Não se ignora, outrossim, o fato de que essa convicção pode se realizar de forma social (por via religiosa, v.g.) e de maneira concatenada em normas também pré-estabelecidas e impostas a todos os integrantes de um grupo social.

Essa crença, então, no produto do processo de racionalização subjetiva, quando legitimada de maneira intersubjetiva, é o núcleo essencial do Direito. Em razão disto, *a fé humana na ciência do Direito precisa ser bem operada pela regulação*

⁴ Noção compreendida a partir da doutrina de Sigmund Freud, in **Introdução ao narcisismo: ensaios de metapsicologia e outros textos (1914-1916)**. Trad. Paulo César de Sousa, Companhia das Letras: São Paulo. 2010.

estatal, justamente para que a sua força se encontre na menor intensidade possível, considerando que o grau de convicção jurídica do homem-cidadão (pois agora inserido no Estado) e a necessidade de impressão de força do Direito possuem conexão direta. Isto é, a relação entre a convicção no Direito e o desenvolvimento do cidadão se resume no seguinte raciocínio: quanto mais os cidadãos acreditam, intersubjetivamente, no Direito, menos precisam da força do Direito para a promoção do seu desenvolvimento – pois, assim, a impressão da força será apenas sentida subjetivamente (individualmente) entre os cidadãos, sem a necessidade, desta maneira, da execução direta desta força entre os partícipes do Estado (intersubjetivamente). Em outras palavras, saber que existe regulação de uma força imposta a todos, por meio de uma adequada gestão pública, convence e traz ao cidadão a sensação de que essa força não precisa estar presente em relações intersubjetivas já superadas por aquele que acredita na eficiência, eficácia e efetividade do Direito, conforme será exposto a seguir.

iii) Efetividade do Direito e desenvolvimento do cidadão

Definida a idéia abordada neste texto sobre convicção jurídica e sua influência no desenvolvimento intersubjetivo do cidadão, como finalidade última do Direito, procura-se, neste momento, conceder aplicabilidade concreta ao raciocínio anteriormente apresentado. Faz-se isto, então, aplicando essas noções aos institutos da regulação e da gestão pública, conforme determinado sistema jurídico pré-estabelecido, mais propriamente a partir do regime jurídico administrativo definido no contemporâneo Estado nacional.

Para a análise de *sistema* sugerida, parte-se da compreensão de Geraldo Ataliba sobre o tema. Segundo o autor, “o caráter orgânico das realidades componentes do mundo que nos cerca e o caráter lógico do pensamento humano conduzem o homem a abordar as realidades que pretende estudar, sob critérios unitários, de alta utilidade científica e conveniência pedagógica, em tentativa de reconhecimento coerente e harmônico da composição de diversos elementos em um todo unitário,

*integrado em uma realidade maior. A esta composição de elementos, sob perspectiva unitária, se denomina sistema*⁵”.

Sistema jurídico, ou Sistema do Direito, nada mais é do que a concatenação harmônica de valores, princípios e regras voltados para a finalidade de desenvolvimento intersubjetivo do homem, determinando os limites de suas ações para, propriamente, viabilizar outras tantas atividades legalmente limitadas que se interagem em um específico tempo e espaço.

Deste modo, tendo o Direito elementos que precisam ser organizados, delimitados e conduzidos para o alcance de um estabelecido desiderato, observa-se a necessidade de expressão de critérios objetivos voltados a sua adequada gestão. Para tanto, torna-se relevante esclarecer algumas idéias sobre o papel do Estado na efetivação do Direito, como segue.

A partir do pressuposto da inafastável necessidade do homem de se desenvolver, objetivo este alcançado plenamente quando em estado (situação) de plena liberdade e paz, contudo, considerando que tais situações jamais serão atingidas em sua plenitude⁶, verifica-se que a efetividade dos instrumentos viabilizadores de seu alcance é diretamente proporcional ao grau de desenvolvimento alcançado. Portanto, dentro de uma disciplina da força (ação negativa delimitadora e disciplinadora) para a busca de liberdade e paz do homem, propiciadora do seu desenvolvimento, fulcra-se a idéia da necessidade de eleição de um terceiro (independente à relação intersubjetiva estabelecida) legítimo monopolizador do uso da força garantidora do desenvolvimento almejado.

Como disposto, a busca incessante da paz⁷ e da liberdade⁸, e sua necessária disciplina quando se contrapõe com outras liberdades, forma o Direito (como sistema) e o torna indispensável dentro de uma sociedade estruturada na forma que hoje se

⁵ ATALIBA, Geraldo, *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*, São Paulo. RT, 1968, p. 4 *apud* BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 22^ª Ed. Malheiros: São Paulo, 2007, p. 52

⁶ Pois, assim, voltaria o homem ao impraticável "estado de natureza", donde todas as liberdades e vontades seriam absolutas e contrapostas – sem qualquer limite pré estabelecido, bem como, sem o devido e necessário controle.

⁷ Onde engloba, também, o ideal de felicidade.

⁸ Onde engloba, também, o ideal de capacidade de autodeterminação (conforme Hegel) para o alcance de sua necessidade de homem digno (como já comentado) – isto é, de aferir a sua individual necessidade, qualitativamente e quantitativamente, de educação, saúde, trabalho, lazer, dentre outros.

conhece. Neste prisma, observa-se o Direito não só como um contraponto limitador da atividade do homem, mas sim como um elemento promotor da organização e do alcance dos instrumentos de seu pleno desenvolvimento – como expressado, via a paz e a liberdade. De igual forma, atinge-se tal desiderato por intermédio de uma dura convicção que os elementos que conformam o Direito levarão o seu criador (o homem) a alcançar o esperado – e sempre renovado – desenvolvimento intersubjetivo.

Para Hegel⁹, "o fato de uma existência em geral ser a existência da vontade livre constitui o Direito. O Direito é, pois, a liberdade em geral como idéia". O filósofo explica seu posicionamento ao lembrar que a definição Kantiana geralmente admitida, em que o elemento essencial é a limitação da liberdade própria do indivíduo (ou do seu livre-arbítrio) para que ela possa estar de acordo com o livre-arbítrio de cada um dos indivíduos segundo uma lei geral, apenas constitui uma determinação negativa (a de limitação). Por outro lado, explica o autor, o positivo que há nela, a Lei da razão universal ou como tal considerada, o acordo da vontade particular de cada um com a de cada outro, leva à bem conhecida identidade formal e ao princípio da contradição.

Ressalta Hegel¹⁰ que a citada definição contém a idéia muito divulgada desde Rousseau de que a base primitiva e substancial deve estar não na vontade como existente e racional em si e para si, não no espírito como espírito verdadeiro, mas na vontade como indivíduo particular, como vontade do indivíduo no livre-arbítrio que lhe é próprio¹¹.

É fato que o Direito é visto, muitas vezes, como a destinação e materialização do monopólio da *imposição e execução da verdade pós-estabelecida* para um terceiro eleito de forma legítima para utilizar a força – conforme um padrão de ponderação racional dos próprios elementos axiológicos de formação desse determinado

⁹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Trad: Orlando Vitorino, São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.31.

¹⁰ Id.

¹¹ Nesta esteira, para o autor, uma vez aceito tal princípio, o racional só pode aparecer para essa liberdade como uma limitação, não, portanto, como razão imanente mas como um universal exterior, formal. Não precisa o pensamento filosófico recorrer a qualquer consideração especulativa para repelir este ponto de vista desde que ele produziu, nas cabeças e na realidade, acontecimentos cujo horror só tem igual na vulgaridade dos pensamentos que os causaram

Direito – ao favor (para o bem) dos mesmos cidadãos que o criaram. Entretanto, vale frisar os perigos que tal idéia traz consigo, quando vista apenas por um único ângulo, uma vez que, desta forma, justifica o uso da força para uma eventual tirania e desequilíbrio da balança do senso justo do bem.

Em outros termos, deve-se acrescentar ao ponto de partida de monopolização do uso da força a razão para que tal fenômeno aconteça, qual seja: *o desenvolvimento do homem*. O homem, aqui, é o eixo de onde os demais valores do Direito giram – notadamente a *família, a propriedade e as obrigações que delas decorrem* entre os participantes de uma sociedade –, e, a partir dos valores que compreendem a promoção do homem, a força criada para disciplinar a força individual deve ser seguida, ao passo de acelerar a sua evolução como ser natural, de modo a assegurar os valores de dignidade interdependentes¹².

Segundo Hobbes, o homem não é sociável por natureza: ao contrário, ele é naturalmente egoísta e animado pela busca única de seu interesse individual, com menosprezo pelo interesse dos outros. Desta maneira, caso se considerasse o homem governado somente pela sua natureza, a condição coletiva seria um estado de guerra permanente entre os indivíduos providos de uma liberdade absoluta. O contrato interindividual só poderá ser motivado pela busca da segurança: a fim de escapar do estado de guerra e garantir a segurança, é preciso que cada indivíduo aceite renunciar à liberdade.¹³

Thomas Fleiner-Gerster¹⁴, ao citar o estadista árabe Ibn Khaldûn, lembra que a necessidade de ter um rei superior para proteger a tribo foi, certamente, também em outras sociedades, a razão decisiva para a formação das primeiras comunidades com transmissão de poder político e central. Ibn Khaldûn¹⁵ assim expressa: “Quando os homens alcançam uma determinada organização social, (...)”

¹² Não basta o homem ter todos seus valores de dignidade observados de maneira isolada, deve o Estado garanti-la, também, quando contraposta com os demais valores de dignidades das pessoas que compartilham com ele o meio social, assim como ocorre com todos os demais valores protegidos juridicamente (liberdade, propriedade etc).

¹³ BILLIER, Jean-Cassien, MARYIOLI, Aglaé. **História da Filosofia do Direito**; trad. Maurício de Andrade. Manole. Barueri. 2005. p.139.

¹⁴ Conforme: FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do estado**. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2006

¹⁵ KHALDÛN, Ibn, **The Muquaddimah**. Trad. Ingl. F Rosenthal. 3ª ed., Princeton, 1974. p. 47 *apud* FLEINER-GERSTER, Thomas. Teoria geral do estado...

necessitam de alguém que os controle, que abafe sua sanha de luta e proteja uns dos outros, pois a sanha de luta e a injustiça são inatas ao homem”. Para o autor árabe, não são os perigos externos, mas o estado de guerra interno que obriga os homens a formar comunidades estatais. Visto que ele, tal como posteriormente Hobbes, considera o homem um ser combatente, que busca conflito, este necessita, do seu ponto de vista, de uma liderança forte, a qual deve manter a ordem¹⁶.

Assim determinado, firma-se o acordo semântico acerca da essencial inafastabilidade do uso da força legítima pelo Estado, quando questionado para tanto, formando a idéia de Jurisdição – qual seja: *a presente idéia de 'força' apresentada é aquela fundamental para coexistência e interdependência dos valores que fundamentam a existência digna do homem em sociedade para, ao fim, manter sua jornada inevitável de evolução natural.*

Como tratado, a necessidade de *'regulação da atividade humana'* pelo Estado advém da idéia de que a imposição unilateral da vontade, tendo como limite tão só a autonomia privada¹⁷, sem parâmetros comuns – ou sociais – não proporcionava o desenvolvimento ideal de uma sociedade, ao contrário, causava prejuízos, estagnação, até mesmo retrocesso da evolução socioeconômica de um grupo de indivíduos.

Na ordenação do Estado muitas barreiras foram superadas para determinar que um terceiro precisava obter e viabilizar meios eficazes para ordenar a vida em comum. Dirimiui-se, então, a idéia de que o particular mais forte (física ou intelectualmente) deveria ter sua vontade prevalecida sobre aquele mais fraco – sem nenhum parâmetro de correção racional, desenvolvimento comum e manutenção da paz do grupo social.

¹⁶ Há outra corrente doutrinária que entende que o Estado tem como fundamento a necessidade de proteção contra ameaças externas, como segue: “*Han Fei, filósofo político chinês, e que frequentemente é também chamado de Maquiavel da antiga filosofia chinesa (...) afirma que de inúmeras lendas antigas das civilizações gregas e babilônicas, mas também da chinesa, pode-se concluir que os homens se sentiam ameaçados pelo seu ambiente, até que surgiu um 'ser dotado' que lhes mostrou como poderiam, por exemplo, se proteger dos animais selvagens. 'Aí porém, surgiu um grande e santo homem que entrelaçou galhos de árvores até formar uma espécie de ninho, no qual escapou de inúmeros perigos. Mas o povo alegrou-se de tal modo com isso que fez dele o seu rei'. Segundo Han Fei, o fundamento da dominação reside, portanto, na habilidade, na capacidade e na qualidade do governante. Do carisma do bom governante, ele deriva o direito de dominação próprio ao Estado.* (FLEINER-GERSTER, Thomas. Op. cit. P. 23).

¹⁷ Vide: FACCHINI NETO, Eugênio. A Função Social do Direito Privado. **Revista da Ajuris**. 34, n. 105, Mar. 2007. pp. 153-189.

Nas fases primitivas sociais, inexistia Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares. Sequer existiam leis (normas ou determinações limitativas impostas aos particulares), tampouco organizações que as executassem. A obtenção de algo, que outro impedisse de tê-lo, era feita por meio da força. A própria repressão dos atos criminosos era feita por atos autoritários do Estado – não existiam órgãos independentes, imparciais voltados a cuidar do sistema sancionador¹⁸.

Em razão dos males evidentes desses conflitos – principalmente em virtude da aparente estagnação do ciclo evolutivo social do ser humano – uma vez que a solução imposta pelo mais forte não é, no mais das vezes, a melhor e justa resposta para o embate –, passou-se a preferir soluções imparciais (considerando o benefício comum e não individual). Para tanto, germinou a idéia de indicação de um terceiro 'independente' para conferir a palavra de resolução de uma lide existente.

De forma gradual, a partir do momento em que os partícipes da sociedade perceberam que o exercício de sua liberdade de forma ilimitada não os conduzia ao progresso pessoal esperado, tal liberdade passou a ser parcialmente renunciada e concedida a um ente exterior, formando um pacto social – em que os membros de um determinado grupo possuíam objetivos de crescimento comuns e aqueles que assim não se adequassem, seriam punidos ou extirpados de tal convívio social.

Desse modo, após essa conjugação de '*liberdades parciais*' ao terceiro criado – Estado – a necessária *e legítima*¹⁹ força, outrora faltante, forma-se para repelir os atos contrários aos limites impostos por esse terceiro. Cabe, então, ao detentor desse poder a escolha dos meios e limites de utilização desse instrumento coercitivo legítimo para a '*melhor*' evolução do Estado, que, agora, incorpora a idéia de tutor da sociedade, sendo, também, o seu dever a manutenção do grupo na paz almejada^{20, 21}.

¹⁸ Segundo a doutrina estampada em: CINTRA, Antonio C. A.; GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹⁹ Frise-se: de forma legítima, pois possui parcelas de força advinda da concessão de liberdade de cada membro desse grupo social.

²⁰ Contemporaneamente, por intermédio do uso de seu *poder impositivo democraticamente e constitucionalmente legítimo*.

Ressalta-se, então, a partir desse ponto, o papel do cidadão na gestão pública, ou melhor dizendo, na gestão das liberdades concedidas ao Estado com a promessa de plena viabilização do bem comum, concretizado no desenvolvimento dos partícipes desse Estado, conforme um legítimo sistema jurídico estabelecido.

iii.i) Cidadão

Segundo José Afonso da Silva, a nova idéia de cidadania se constrói, pois, sob o influxo do progressivo enriquecimento dos direitos fundamentais do homem. Afirmo o autor que, ao assumir as feições de uma Constituição dirigente, a Constituição de 1988 incorpora essa nova dimensão da cidadania quando, no seu art. 1.º, II, a indica como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito em que é constituída a República Federativa do Brasil. Lembra, ainda, que não se pode negar que a Carta também menciona a *cidadania* no sentido estrito tradicional ao titular de direitos políticos – art. 22, XIII.²²

Para o autor, a *cidadania* está aqui num sentido mais amplo do que o de mero titular de direitos políticos. Retrata a qualificação dos participantes na vida do Estado, o reconhecimento dos indivíduos como pessoas integradas na sociedade estatal (art. 5.º, LXXVII). Significa aí, também, que o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular. E aí o termo conexiona-se com o conceito de *soberania popular* (parágrafo único do art. 1.º), com os direitos políticos (art. 14) e com o conceito de *dignidade da pessoa humana* (art. 1.º, III); com os objetivos da educação (art. 205), como base e meta essenciais do regime democrático. A cidadania, assim considerada, consiste na consciência de pertinência à sociedade estatal como titular dos direitos fundamentais, da dignidade como pessoa humana, da integração participativa no processo do poder, com a igual consciência de que essa situação subjetiva envolve também deveres de respeito à dignidade do outro e de contribuir para o aperfeiçoamento de todos. Essa cidadania é que requer

²¹ O juízo de Estado como a última instância mediadora das relações sociais, além de titular do monopólio da tutela jurisdicional é demonstrada por Thadeu Weber, em análise das lições de Hegel in WEBER, Thadeu. **Ética e filosofia política: Hegel e o formalismo kantiano**. Porto Alegre: EdiPucRS, 1999. p.133-134.

²² SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 141-142.

providências estatais no sentido da satisfação de todos os direitos fundamentais em igualdade de condições.²³

Segundo a doutrina de Jorge Miranda,²⁴ o povo abrange os destinatários permanentes da ordem jurídica estatal. Ao conceito de povo reporta-se o de cidadania. Cidadãos são os membros do Estado, da *Civitas*, os destinatários da ordem jurídica estatal, os sujeitos e os súditos do poder. Cidadania é a qualidade de cidadão, significa ainda, mais propriamente, a participação em Estado Democrático. Foi nessa perspectiva que o conceito foi elaborado e se difundiu após a Revolução Francesa. E se, por vezes, parece reservar-se o termo para a cidadania ativa, correspondente à capacidade eleitoral, a restrição acaba por radicar na mesma perspectiva. A cidadania apresenta-se como *status* e, simultaneamente, como objeto de um direito fundamental das pessoas.

Explica o autor que, em um mundo em que dominam os Estados, participar de um Estado é participar da vida jurídica e política que ele propicia, bem como, beneficiar-se da defesa e da promoção de direitos que ele concede – tanto na ordem interna como nas relações com outros Estados.²⁵

Ainda, assevera que na intensificação da circulação das pessoas hoje sentida, apesar de todas as adversidades, afirma-se a liberdade individual, a pertença de uma comunidade política, sendo embora permanente, já não tem de ser perpétua como em outras épocas: *o direito à cidadania vai ser acompanhado, dentro de determinados limites, de um direito de escolher a cidadania.*²⁶

Finalmente, salienta Jorge Miranda que em contrapartida (ou, em contrapartida, só *prima facie*) na realidade em que se evidenciam afinidades (culturais, políticas, econômicas) entre alguns Estados ou em que se visa criar grandes espaços, a concepção tradicional da unidade e exclusividade da cidadania aparece, por vezes, atenuada – mormente por meio de convenções de dupla nacionalidade e da extensão a certos estrangeiros de direitos, em princípio, reservados a cidadãos do próprio Estado.²⁷

²³ Idem, *ibidem*.

²⁴ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 204-207.

²⁵ Idem, p. 207.

²⁶ Idem, *ibidem*.

²⁷ Idem, *ibidem*.

Desse modo, conclui-se que a diferença entre ser cidadão e *ser humano* deve estar na atenção concedida pelo Estado ao ser *homem* que o criou e o mantém na posição de guardião do que é público, com vistas ao bem do maior número de *seres* possíveis, atingidos por sua ação que se presume legítima e benéfica para o sistema.

O cidadão é aquele que o Estado zela de maneira primordial. É o homem que recebeu o carimbo de partícipe de um individualizado meio social e de uma determinada nação. Dessa maneira, é quem possui as garantias de bem-estar e respeito aos seus valores básicos para sua sobrevivência e crescimento para que, assim, ocorra a realização dos valores e das promessas fundamentais feitas pelo Estado.

O que se prega – ou o que se quer pregar – é que esse Estado supere sua retrógrada presunção de prestador universal de todo e qualquer benefício para o cidadão, tendo em vista a inédita renovação de necessidades sociais ocorridas a partir da segunda metade do último século. De igual forma que assuma, então, uma função democrática reguladora de atividades das quais não se coloque como executor direto. Essa postura, considerando valores técnico-setoriais de evolução contínua; responsável esclarecimento da população; sofisticação sustentável de seu maquinário; e com a verdadeira, efetiva e viável participação do cidadão na escolha dos rumos e na tomada de decisões acerca das políticas de Estado, conformam a noção do *Estado regulador Democrático de Direito* aqui defendida e explorada.

Deste modo, o cidadão, cada vez mais, deve assumir seu dever de participação no Estado em que vive. Afastar-se da postura passiva não é mera virtude de poucos interessados, mas sim dever de todos que usufruem das benesses de uma sociedade organizada. O engajamento²⁸ popular para contínua construção de um Estado melhor deve fazer parte do cotidiano de todos os seus partícipes, com a devida repartição de competências para o alcance dessa constitucional missão. Logo, um povo que participa das decisões vetoriais do seu Estado é um povo que se compromete com o seu próprio futuro, tornando o conjunto, assim,

²⁸ V. GALLIGAN, Denis J. *Due Process and Fair Procedures: a Study of Administrative Procedures*. Oxford: Clarendon Press, 1996. p. 129 ss.

compromissado com cada elemento que o transforma em sociedade inserida em um Estado Democrático de Direito.

Promover o bem estar do povo é a proposta vital do Estado e dos seus governantes, e começa com a satisfação de suas necessidades materiais²⁹ – mediante um adequado exercício de gestão pública . Mas não deve o povo esperar de braços cruzados a salvação pelo Estado, tão apenas por meio do exercício cego de convicção jurídica, ou seja, da crença que o Direito posto é legítimo por natureza e, assim, trará resultados positivos na viabilização do desenvolvimento almejado.

Deve, sim, ter consciência que a máquina estatal – e o respectivo sistema jurídico – é um instrumento que, como outros, depende da boa habilidade de manejo. Sair da situação passiva, com o fito de auto investimento em bem estar, é essencial para o amadurecimento social com vistas ao desenvolvimento de um povo. Deixar a posição de latência significa voltar os olhos a si próprio, perceber os defeitos e as virtudes, e equalizá-las para que cada indivíduo encontre sua possibilidade de contribuição à sociedade que faz parte.

Conforme as idéias de Confúcio³⁰, quando o povo reforma a si próprio e tem noção de vergonha, a lei e, por conseguinte, a ameaça de punição nunca precisam ser evocadas. Continua, afirmando que a orientação pela virtude, entretanto, não pode ser efetiva a menos que o governante dê um exemplo moral para o seu povo. Segundo o mestre chinês que viveu entre 551 – 479 a. C: “Governar é corrigir. Se você der exemplo ao ser correto, quem ousaria continuar sendo incorreto?”

Explica, adiante³¹, que existe uma perspectiva negativa e outra positiva desse raciocínio de que *‘governar é dar exemplo’*. O ponto negativo é que se o próprio governante falha em ser correto, mas insiste em punir seus administrados por serem incorretos, ele estará se colocando acima da lei, e o povo terá consciência da *injustiça*. Por outro lado, o ponto negativo é que o povo sempre olha para os seus melhores homens, e se aqueles em posição de autoridade dão exemplo, isso será imitado mesmo se o povo não receber ordens para assim fazer. Afirma Confúcio:

²⁹ Op. cit. p. 37.

³⁰ Introduzidas por D.C Lau na obra citada, pág. 39.

³¹ Id.

“se um homem é correto, então haverá obediência sem que ordens sejam dadas; mas se ele não é correto, não haverá obediência, mesmo que ordens sejam dadas”. Observa-se nestas passagens como a idéia da boa administração não é algo novo, ou é uma grande luz advinda de sofisticadas elucubrações administrativistas contemporâneas, mas sim é uma básica lição proveniente do clássico das idéias humanas, como representa Confúcio para humanidade. Deve-se, então, olhar primeiro para o bem consolidado tronco clássico das idéias e usá-lo para o fim último de trazer o bem ao homem em sua vida real; não apenas nas promessas sempre futuras, como alguns pregam, sem compromisso de gestão pública com necessária doação de si para o que é de todos. Em outras palavras, os ocupantes de ônus público precisam finalmente agir em prol dos cidadãos e com o estrito objetivo de melhorar a vida de cada um deles. Para tanto, *faz-se necessária a vergonha do errado, o orgulho do correto e a esperança e fé de que o melhor sempre poderá ser superado.*

iii.ii) Desenvolvimento

Considerando o inevitável instinto de desenvolvimento humano, e sua relação com o meio em que vive, as pessoas cada vez mais procuram a auto-superação e a dominação dos demais partícipes do território que entende ser seu. Tem-se como desenvolvimento do homem a sua eterna busca de satisfação de necessidades permanentemente recriadas. Isto é, a busca de ser melhor do que seu espelho, ou apenas superior ao outro (seja seu semelhante, seja distinto ser que possua habilidades diversas a dele). De igual maneira, compreende-se desenvolvimento para o estudo proposto a constante busca de elementos que tornem o homem mais resistente – ou menos vulnerável – à destruição.

A idéia, então, é apresentar caminhos para o gerenciamento da atividade humana – pelo Estado – com o fito de torná-lo capaz de entender e efetivar o seu inescapável instinto de desenvolver-se de forma a manter esse desenvolvimento em padrões constantes e adaptados ao meio em que vive (em determinado tempo e lugar). Isto é, objetiva-se demonstrar como o Estado deve regular a atividade do homem frente

ao seu mundo exterior para que o cidadão permaneça capaz – e com subsídios disponíveis – para continuar se desenvolvendo pelo maior período possível.

O alcance da melhor interpretação de normas constitucionais e infraconstitucionais para o atendimento do mister estatal de proteção e promoção do cidadão é o fio condutor deste estudo. Realizar concretamente o valor constitucional da *‘dignidade da pessoa humana’* revela o dever estatal inafastável de atender ao homem conforme as características locais onde se encontra. Desta forma, não há possibilidade de alcançar o ideal de exercício da *‘melhor interpretação’* de questões relacionadas ao tema ora sublinhado sem a devida interação entre os valores que conformam o *‘homem digno’* e aqueles valores que remontam a idéia de *adequada gestão pública*. Isto porque, é neste trilho que se alcançará o resultado do uso de instrumentos estatais – notadamente aqueles que conformam a regulação do Estado – para que a atividade humana frente aos desafios de sobrevivência que encontra ocorra com o máximo desenvolvimento do cidadão, com o mínimo de desgaste das relações intersubjetivas dos partícipes do Estado.

Assim, o estudo proposto desponta como sugestão de averiguação do papel desse Estado para que o cidadão possa se desenvolver de modo a interagir adequadamente com o meio onde está inserido, notadamente com objetivo de manter essa estrutura viabilizadora de sua própria existência pelo maior lapso temporal possível. A regulação estatal, nesse sentido, demonstra o caráter do Estado como ente delimitador da atividade do homem. Destarte, exalta-se a sua importância em uma determinada sociedade, pois o seu bom manejo (via uma adequada gestão pública) evita o alcance da total falta de convicção jurídica pelo cidadão, fato que geraria a ruptura da idéia de convívio social (de contrato social) que, conseqüentemente, excluiria a viabilidade do Estado de executar seu constitucional dever de proteção e promoção do cidadão.

iii.iii) Regulação

A regulação não deixa de ser uma expressão de força, que acompanha sofisticados meios de efetividade (variáveis em cada forma regulatória), voltada a organização

de atuação de um sujeito (ou grupo) com um específico desiderato, por meio de determinações que levam – voluntária ou involuntariamente – o sujeito a seguir agindo conforme fixadas demarcações. Sem se esquecer das atividades que acompanham a expressão ‘*regulação*’, tais como: *orientação* dos envolvidos para uma atuação sinérgica voltada ao alcance dos objetivos propostos; o *fomento* do sistema regulado (de todos os envolvidos) para atingir o fim definido; *fiscalização* do atendimento destas delimitações; bem como, *correção* de eventuais distorções da atuação conforme tais impressões de conduta.

Logo, a atividade regulatória, *lato sensu*, nada mais é do que um conjunto de sofisticadas ações voltado à *orientação*, *determinação*, *fomento*, *fiscalização* e *correção* de planos (ou políticas, quando se tratar do Estado) destinados à delimitação da atuação de um sujeito, ou determinado grupo de sujeitos. Frise-se que a mencionada sofisticação se refere a novos instrumentos ou uma nova utilização de instrumentos antigos, conforme a natural adaptação axiológica – temporal e espacial – que os executores regulatórios precisam alcançar. Assim, menciona-se ‘*ação sofisticada*’ como requisito de verificação de regulação quando se pressupõe essa mencionada adaptação ao atual contexto de tempo e lugar que a regulação se expressa.

Como bem lembra Vasco M. P. D. Pereira da Silva: “As transformações do Direito Administrativo dizem igualmente respeito à importância renovada do papel dos particulares, não apenas enquanto destinatários e participantes da actuação administrativa, mas também enquanto autônomos sujeitos de um verdadeiro relacionamento jurídico com a Administração Pública. O que tem como consequência que, de ora em diante, o Direito Administrativo deixa de ser o direito de uma Administração toda-poderosa, para passar a ser o direito dos particulares nas suas relações com a Administração.”³² Muito se aproximam ao ideal pós-social

³² PEREIRA DA SILVA, Vasco M. P. D. **Em busca do ato administrativo perdido**. Almedina, Coimbra: 2003. p. 126,

mentionado pelo autor³³ as diretrizes consubstanciadas na atual noção de regulação estatal, que aqui se expressa.

Nessa perspectiva, tratar-se-á da regulação impressa pelo Estado na vida humana e sobre alguns dos seus reflexos para busca do correspondente desenvolvimento intersubjetivo. Deste modo, parte-se do pressuposto que o Estado concretamente imprime força contra o cidadão para que este se adapte ao conjunto de determinações que exprime, voltado ao alcance de um claro objetivo: *realização de valores fundamentais criado pelo próprio homem para o alcance do seu pleno bem estar e harmônico convívio intersubjetivo*.

E, conforme os critérios gerais de regulação supra mencionados, como se verifica a regulação estatal? Isto é, como o Estado orienta, determina, fomenta, fiscaliza e corrige a atuação humana para o alcance de seus constitucionais objetivos? As respostas chegam a partir dos seguintes elementos da regulação do Estado ao promover:

a *‘orientação’* do homem, concedendo avisos de adaptação do seu sistema para que, assim, providencie conformações ao novo sistema ofertado. Por exemplo, propagação de informações elucidativas (com fito de guiar o cidadão) quando da configuração de novas normas que respondem aos anseios sociais de adaptação, pois, desse modo, pode manter e viabilizar um maior e melhor processo de desenvolvimento dos partícipes do Estado regulado;

a *‘determinação’* da atuação do homem, imprimindo novas especificações de conduta, delimitando o que se deve e não se deve fazer em face de situações que dependem de uma interação intersubjetiva. Destarte, conclui-se que da regulação estatal parte-se sofisticados comandos de limitação da atividade humana voltados ao estrito objetivo de promoção do desenvolvimento intersubjetivo, o que

³³ O autor ensina, ainda, que “passando para o domínio do Direito Administrativo, no Estado pós-social produz-se uma alteração da lógica da actividade administrativa, que deixou de estar orientada unicamente em função da resolução pontual de questões concretas (quer se tratasse de uma agressão, quer da concessão de uma prestação) para se tornar conformadora da realidade social. Surge, assim, uma nova dimensão ou um novo âmbito da actividade administrativa, que a doutrina designa através de expressões tão variadas como as de Administração ‘prospectiva’ (Rivero, Nigro), ‘prefigurativa’ (Nigro), ‘constitutiva’, ‘social-constitutiva’, planificadora (Tschira, Shmitt Glaser, Brohm, Von Muench, Dirk Ehlers) ou ‘infra-estrutural’ (Faber, Parejo Alfonso, Stober, M. Sudhof)”. (id. p. 127).

fundamenta a estrutura constitucional estabelecida – com uma clara determinação do interesse público a ser buscado;

o *‘fomento’* de atividades voltadas ao bem estar do cidadão, visto sobre as diversas dimensões possíveis (como indivíduo, como parte de um grupo, como integrante de uma sociedade) para, concretamente, orientá-lo sobre a melhor forma de agir para a realização dos valores fundamentais que o protegem e promovem seu desenvolvimento.

a *‘fiscalização’*, como meio de controle de resultados esperados frente aos objetivos pré estabelecidos pelo Estado, via verificação de fatos que alarmam a ocorrência de situações irregulares, pois surgem a partir de uma natural evolução do sistema, por certo, para evitar e identificar concretos danos – quando acionados.

a *‘correção’*, como atividade que se exprime por meio de respostas estatais frente à atuação agressiva ao sistema jurídico, indicando a respectiva contraprestação, quando da atuação irregular, que ameaçam o processo de desenvolvimento esperado. Apresentam-se, basicamente, nas consequências jurídicas que ocorrem quando há desequilíbrio do sistema estabelecido. Quando ocorre uma alteração em algum ponto do Estado, o sistema, automaticamente, promove uma adaptação – logicamente, de forma proporcional à alteração verificada, considerando, inclusive, o elemento dissuasório da infração corrigida, visando evitar novas agressões ao sistema.

Segundo Burkard Eberlein, há inúmeras interpretações do termo *‘regulação’* [estatal], sendo que o único território comum é a noção de regulação [estatal] ligadas às restrições de escolha privada pela imposição de regras públicas.³⁴ Para Tony Posner, a regulação [estatal] é um conjunto de atos de controle e direção de acordo com uma regra, princípio ou sistema, que se desenvolve por meio de normas legais e outras medidas de comando e controle, caracterizadores da

³⁴ BURKARD, Eberlein, "The only common ground is that the notion of regulation suggests the restriction (private) choice by the imposition of (public) rules" (*apud* SILVA, Fernando Quadros da. **A independência das agências reguladoras e o princípio do estado democrático de direito**. Curitiba, 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná).

intervenção pública que afeta a operação de mercados e as decisões econômicas das empresas, normalmente pela restrição de mercados.³⁵

A regulação estatal – de forma geral – constitui a sobreposição proporcional da vontade do particular pela legítima vontade do Estado, com o fim de proteção e desenvolvimento do bem-comum (bem-estar democraticamente usufruível) e a aplicação justa das regras previamente impostas no sentido de evitar abusos quando do exercício do seu livre (e legal) agir. Isto sem ultrapassar os limites de sua função executiva, pois deve conservar a característica de atividade não jurisdicional (não tem força de decisão final, não faz coisa julgada) e não legislativa (não pode inovar ou contrariar lei; como bem lembra Ruy Cirne Lima³⁶, a regulação estatal, aos moldes nacionais, em sentido amplo, manifesta-se no exercício de Poder de Polícia do Estado.

Hartmut Maurer³⁷ afirma que a expressão regulação [estatal] é *anfíbológica*. Ela se relaciona, por um lado, à atividade, a promulgação do ato administrativo, por outro, ao produto dessa atividade, o ato administrativo promulgado e, com isso, o resultado jurídico produzido. Isto é, a atividade de regulação estatal deve ser vista – e controlada – desde como a Administração age quando da criação do ato, até na observação de quais são os efeitos (consequências) da atuação reguladora administrativa.

Como se pode notar, no Estado nacional contemporâneo, trata-se de direito fundamental do homem a possibilidade de recorrer ao Estado Regulador para assim receber uma efetiva resposta apaziguadora de suas relações intersubjetivas, tendo em vista a idéia de que o Estado existe para servir o homem e garantir sua existência com dignidade; isto é, o Estado Regulador, hoje, é o efetivo tutor dos direitos fundamentais estabelecidos para a proteção do cidadão, em face – inclusive – do próprio Estado.

³⁵ POSNER, Tony. *Law and the regulators*. Oxford: Claredon Press, 1997. p.3-7, *apud* SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p.38.

³⁶ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios do direito administrativo**. 3.ed. Porto Alegre: Sulina, p.106.

³⁷ MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Trad. Luis Afonso Heck. Baueri: Manole, 2006. p. 208.

iii.iv) Gestão Pública

Tem-se como noção de gestão pública a concatenação de idéias para alcançar um claro objetivo pré-determinado, mediante um planejado caminho, a partir da demonstração objetiva de realização de um interesse público constitucionalmente previsto. Faz-se necessário, então, para o exercício de gestão pública a observação dos seguinte fatores – pelo menos:

a) *Concatenação de idéias*: para se imaginar a implantação de atividade de gestão, parte-se, logicamente, da harmonização de idéias previamente debatidas e escolhidas como as melhores para a viabilização do objetivo a ser buscado. Para tanto, o Estado precisa manter o foco no interesse público a ser realizado mediante a política pública definida. Assim, importante para tal organização é o exercício de minimização das *externalidades negativas*³⁸ que podem atrapalhar o *caminho* a ser percorrido;

b) *Definição de um objetivo*: o desiderato de determinada gestão pública deve ser claro, factível e determinado. As metas que se pretende alcançar devem estar bem definidas desde o início do planejamento da gestão a ser desenvolvida e, sem dúvida, precisa ter uma direta ligação com o interesse público especificado como vetor de tal conjunto de ações estatais voltadas à realização de dados ditames constitucionais. Não se pode esquecer que as realizações de todo esse exercício administrativo precisam estar cobertas pelo manto dos princípios da administração pública – expressos e implícitos (com destaque aos estampados no caput do art. 37 da CF/88).

c) *Planejamento de ações para dar efetividade ao objetivo pré-determinado*: trata-se da idéia de feixe de atos administrativos voltados ao atendimento de um determinado interesse público³⁹, como políticas públicas, mediante o exercício do

³⁸ Idéia desenvolvida pelo prêmio nobel Ronald Coase, no artigo *The Nature of the Firm* (1937). Para R. Coase, o mundo real apresenta fricções, ou externalidades negativas, que são denominadas *custos de transação*, fricções estas causadas por assimetrias de informação que dificultam ou impedem que os direitos de propriedade sejam negociados a custo zero. Assim, na observação de transações econômicas, destaca-se a existência de elementos externos que influem no seu rumo, regulados por instituições. Como regular a forma e se tais instituições devem atuar nas relações econômicas, os reflexos dessa regulação e a maneira que a atuação dessas instituições influem em maior ou menor grau nessas transações são elementos que conformam os *custos de transação*.

³⁹ Nesta linha, vide: COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 138, p. 39-48, abr.-jun. 1998.

dever do Estado de proteger e promover o cidadão. De igual forma, o planejamento deve estar conectado com o objetivo e o caminho organizado para a realização concreta da gestão pública, como reflexos diretos no desenvolvimento intersubjetivo do homem. É no planejamento e aplicação do exercício administrativo – por meio da regulação estatal – consubstanciada em uma definida gestão pública de interesses voltados à realização dos direitos fundamentais, que se observa a razão fática e jurídica para tal organização harmônica de atos administrativos para execução de um constitucional interesse público.

Sem cair em um discurso comum (que pode se tornar vazio, em razão da sua utilização sem critérios rígidos) tem-se como eixo central da adequada gestão pública a *dignidade da pessoa humana*, conforme proposta de conceituação jurídica de Ingo Wolfgang Sarlet: *“tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”*⁴⁰.

Para tanto, a gestão tem que trazer benefícios concretos ao cidadão (ser humano inserido no Estado). Mas, qual cidadão dever ser protegido? Conforme expressa a Constituição, tem prioridade máxima a criança e proteção especial o idoso, índio, mulher, trabalhador, etc. Vale frisar que tal proteção, inclusive, deve ser estabelecida conforme possibilidades e limites concretos para tal, tendo como norte sempre a viabilidade de proteção do maior número possível de cidadãos. Não existe outra razão para o Estado existir senão para trazer o bem ao homem que o criou. E esse bem é mensurado mediante o real desenvolvimento da qualidade de vida de cada pessoa partícipe deste Estado.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. in **Dimensões da Dignidade – Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Org. Ingo W. Sarlet. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005. p.37.

Assim, para uma adequada gestão pública, parte-se de diretrizes básicas de verificação de sua efetiva legalidade e conformação com os valores do Direito, notadamente dos deveres do Estado junto ao cidadão para concatenar o respectivo sistema jurídico com fito de, assim, alcançar a realização desse padrão de prática estatal e o concreto desenvolvimento almejado. Deste modo, são diretrizes básicas para uma boa gestão pública a verificação da eficácia, eficiência e efetividade do seu exercício:

Eficiência: é o emprego do melhor caminho (método) para o alcance da finalidade pretendida. Significa fazer bem, isto é, cumprir tarefas no menor tempo e com máxima qualidade possível e factível ao homem;

Eficácia: é o alcance da finalidade pretendida. Consubstancia-se em alcançar (e produzir) os efeitos pretendidos, mediante conformação com o sistema legal e com os valores do direito estabelecidos;

Efetividade: é o efeito prático (no mundo real) proveniente dos métodos empregados e do alcance da finalidade pretendida. Resume-se na viabilidade administrativa das ações para trazer concretos resultados positivos para a vida do cidadão;

Como dito, essa sinérgica atuação precisa ter, necessariamente, a proteção e promoção do cidadão como a central de comando de uma boa gestão pública, possuindo como nuclear objetivo a melhora da qualidade de vida dos administrados.

Ainda sobre o tema de '*boa gestão pública*' vale enfatizar que tal rótulo é conferido principalmente aos órgãos que viabilizam o controle de suas atividades – sem medo, formalismos e desvios de condução do verdadeiro fim público. Então, por maior que se apresentem a discricionariedade administrativa (por maior que seja a complexidade técnica do Executivo em alguns casos), por mais que critérios de conveniência e oportunidade de determinada gestão estejam nos limites da margem legal que a Administração possui para gerir suas ações em prol da dignidade humana, é indispensável que esta atuação estatal venha acompanhada de meios objetivos que viabilizem o seu controle. Principalmente o controle social, pois possui o poder legítimo de torque do Estado onde se encontra (sem olvidar o

autocontrole, o controle do Legislativo, do Tribunal de Contas, do Ministério Público e do Judiciário).

iv) Conclusão

Conforme exposto, tem-se como objetivo final deste estudo a apresentação de elementos suficientemente sólidos para se demonstrar como todo o esforço científico, acerca da estruturação do Sistema Jurídico nacional conhecido, é inútil se não vier acompanhado de legitimação social. Esta chancela da sociedade nasce da expressão de cada cidadão voltado a acreditar que tal Sistema do Direito estabelecido é o ideal para a viabilização do seu desenvolvimento individual (constante melhoria de sua qualidade de vida) e entre os seus semelhantes.

Como observado, o homem não se sustenta em um universo social – nem suporta a si próprio – sem regras, sem padrões de comportamento. Precisa acreditar em uma força que determine *o que, onde, como e quando* fazer. Essa *convicção* (fé ou crença) é o elemento que o move para o alcance do desenvolvimento que persegue. E, levada ao padrão comum, entre os demais cidadãos, organizada em um sistema cogente de normas de conduta, consubstancia o que se chama Direito.

A partir da delimitação dessa convicção do cidadão no Direito, como meio ideal de viabilização do seu desenvolvimento, indica-se formas e instrumentos jurídicos que podem ser utilizados de maneira a incrementar este Sistema de normas voltado à proteção e promoção do cidadão. Então, neste estudo, sugere-se uma melhor compreensão e operacionalização da *‘regulação estatal’* e da *‘gestão pública’* – ambas aplicadas adequadamente concatenadas com os valores de dignidade do homem, como criador e decorrente receptor do integral empenho do Estado.

Destarte, recomenda-se a aplicação de determinados critérios jurídicos que tornam a regulação estatal um instrumento *eficiente, eficaz e efetivo* – a partir das noções jurídico-econômicas que conformam a idéia aqui defendida de *‘adequada gestão pública de políticas de Estado’* – claramente definida nas relações intersubjetivas dos cidadãos, para que estes passem a ter uma maior convicção no Direito posto. Assim, conseqüentemente, a partir do natural desenvolvimento que

tal fato gerará, este mesmo cidadão precisará menos da impressão dessa força regulatória jurídica. Porque, neste sentido, as demais forças regulatórias (como a social) já desenvolvidas com o auxílio de todo esse aparato sugerido, alcançarão um amadurecimento ideal para que, deste modo, não precisem da coerção jurídica. Ou seja, a pretensão aqui externada é de demonstrar como o Estado foi criado justamente para que o seu criador (homem) não precise de um Estado para determinar *o que, como ou quando* deve fazer ou não. Isto é, demonstra-se que o Estado – e o Sistema Jurídico que o sustenta – simplesmente depende do grau de convicção no Direito que os cidadãos possuem, bem como, de como estes mesmos cidadãos se utilizam de instrumentos jurídicos oferecidos por esse Estado para proporcionar um sempre melhor desenvolvimento pessoal e intersubjetivo.

Em suma, se o Estado conseguir convencer o cidadão que a força impressa pelo seu Sistema do Direito é eficiente, eficaz e efetiva – com auxílio da regulação estatal e da adequada gestão pública – este mesmo cidadão passará a auto-regular suas atividades, pois terá a tranquilidade sobre as conseqüências positivas de sua atuação em conformidade com esse mesmo Sistema – sem precisar, assim, da impressão de forças externas. Ao contrário, se este mesmo cidadão pouco acreditar no Sistema de Direito estabelecido, certamente precisará da impressão concreta da força regulatória desse Sistema, para assim se adequar aos padrões determinados como apropriados a todos os partícipes desse Estado.

Pretende-se, então, dizer que a boa regulação estatal e a adequada gestão pública são instrumentos interessantes para a realização de um Sistema de Direito ideal, qual seja: *aquele que viabilize o constante desenvolvimento do cidadão ao ponto que alcance a talvez utópica situação de convivência intersubjetiva suficiente para uma regulação social desprendida da muleta estatal.*

Assim, imagina-se que a história de criação e consolidação do Estado está fadada à destruição quando alcançar o seu sucesso primordial. Neste sentido, quando a convicção jurídica do cidadão chegar ao ponto de que não se precise mais de um Sistema Jurídico, este cidadão estará apto a voltar a ser o homem digno que se almeja no núcleo primordial dos valores fundamentais da pessoa humana. Entretanto, o homem precisa garantir o seu desenvolvimento e, ao que parece,

ainda não confia em si para essa tarefa. Outrossim, não se vislumbra interesse do Estado estabelecido em promover ações que levem à dispensa de sua existência. Isto é, quanto mais esclarecido é o cidadão sobre os seus direitos e deveres estatais e como essa postura demanda uma menor atuação do Estado, mais percebe que pode ser independente desse mesmo Estado que criou. Fato que, por si, parece tirar o chão (regra geral) dos cidadãos, pois aparentam pensar que não há nada melhor do que a conveniência do auto-engano⁴¹ de ter sua liberdade orientada pelo *outro*. Situação que, sublinha-se, atrapalha o desenvolvimento e lhes trazem a agonia de viver – pois se sentem confortáveis em estar dependentes sem maiores tarefas. Entretanto, por outro lado, ainda possuem a necessidade de atender ao instinto de se desenvolver de forma mais rápida e melhor, o que demanda, principalmente, (auto) superação de desafios como esses apresentados. Logo, fica evidente a eterna batalha do “*posso fazer melhor*” contra “*façam o melhor por mim*”. De todo o narrado, tem-se que o Estado permanecerá se apresentando como útil aos interesses do homem que, por sua vez, continuará gerando novas demandas para justificar a existência desse Estado que o ajuda no atendimento do seu básico instinto desenvolvimentista. Logo, acreditar em um futuro melhor sempre encontrará o infinito horizonte de novos problemas que por si, na condição de homem apenas, não serão resolvidos. Resta, então, colocar as vestes de cidadão e alimentar a fornalha estatal para a manutenção do apoio que a racionalidade humana ainda não aprendeu a se soltar. Ou melhor, resta assumir que o homem ainda não compreendeu que mais importante que cumprir com as determinações externas impostas por um Estado, é efetivar a regulação de si próprio para ficar bem consigo, com o próximo e, desta simples maneira, ajudar no desenvolvimento de todo o sistema estatal para, um dia, deixar de precisar dele.

– *Basta, para tanto, não desviar do caminho.*

[voltar ao índice](#) ▲

[início do texto](#) ▲

⁴¹ Sobre o tema, vide “Auto-Engano”, de Eduardo Gianetti, pela editora Companhia das Letras.

**CONTINUANDO A VIAGEM PELA EUROPA DO
DIREITO ADMINISTRATIVO****VASCO PEREIRA DA SILVA¹**

Depois da primeira «Viagem pela Europa do Direito Administrativo»², seguiu-se «"A Caminho"! Nova Viagem pela Europa do Direito Administrativo»³, e volta agora a surgir «Continuando a Viagem pelo Direito Administrativo». Pois, à semelhança do ensinamento de Jorge Luís Borges, quando dizia que «o escritor está sempre a contar a mesma história só que por outras palavras», é necessário continuar a estudar o relacionamento entre o Direito Administrativo Europeu e o português, procedendo a “sucessivas viagens” pela Europa do Direito Administrativo Europeu. O “primeiro lugar a visitar”, nesta nossa viagem, é o divã da psicanálise. Pois, em minha opinião, o Direito Administrativo português – como, de resto, sucede também com os demais Direitos Administrativos europeus – encontra-se bastante necessitado de “psicanálise cultural”⁴. Nascido «em circunstâncias e condições muito especiais, o Direito Administrativo teve uma “infância difícil”, causadora de traumas profundos de que o legislador, a doutrina e a jurisprudência têm tido

¹ Professor das Faculdades de Direito da Universidade Católica Portuguesa e da Universidade de Lisboa.

² O texto intitulava-se VASCO PEREIRA DA SILVA, «Eine Reise durch das Europa des Verwaltungsrechts», in BERND H. OPPERMAN (coorden.) «International Legal Studies», Universitätsverlag Halle-Wittenberg, Halle an der Saale, 2009, páginas 41 e seguintes, o qual por sua vez constituía uma versão actualizada e adaptada de um estudo antes publicado (em Portugal) com o título «Viagem pela Europa do Direito Administrativo», in «Cadernos de Justiça Administrativa», n.º 58, Julho / Agosto 2006, páginas 60 e seguintes.

³ VASCO PEREIRA DA SILVA, «"En route"! Un Nouveau Voyage à Travers L' Europe du Droit Administratif», in BERND H. OPPERMAN (coorden.), «International L. S.», cit., pp. 57 e ss; VASCO PEREIRA DA SILVA, «"A Caminho"! Nova Viagem pela Europa do Direito Administrativo», in VASCO PEREIRA DA SILVA / INGO WOLFGANG SARLET, «Portugal, Brasil e o Mundo do Direito», Almedina, Coimbra, 2009, páginas 9 e seguintes.

⁴ VASCO PEREIRA DA SILVA, «O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise – Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo», Almedina, Coimbra, 2005.

alguma dificuldade em se libertar. Tais traumas, nos piores momentos, chegaram mesmo a provocar graves crises de esquizofrenia, mas também, nos melhores momentos, não deixaram de manifestar-se de forma inconsciente na “psicopatologia da vida quotidiana” do Direito Administrativo»⁵. Importa, por isso, submetê-lo a sessões de psicanálise cultural, de modo a permitir a rememoração dos factos traumáticos, sentando-o nos divãs da História e da Europa, «a fim de permitir atingir a catarse, auxiliando o Direito Administrativo a enfrentar saudavelmente as realidades do presente»⁶.

O “segundo lugar a visitar” é a noção de acto administrativo. Já que é preciso analisar todas as transformações sofridas por essa forma de actuação administrativa (outroa “central” e, hoje ainda, muito importante) ao longo dos tempos, tanto nos planos jurídicos interno como europeu.

O “terceiro lugar da nossa visita” diz respeito à contratação administrativa, a qual se tem vindo a desenvolver e a generalizar cada vez mais, de modo a apreciar as evoluções sofridas tanto no contexto nacional como europeu.

1- O Direito Administrativo no “divã” da psicanálise. Da “infância difícil” aos modernos “traumas” do Direito Administrativo

Qual “infância difícil”, fonte de “traumas” para uma vida inteira, os acontecimentos históricos que rodearam o surgimento e desenvolvimento do Direito Administrativo permitem explicar muitos dos problemas com que ele actualmente se defronta. Daí a necessidade de descer às “profundezas do inconsciente”, “mergulhando” na história do Direito Administrativo, de modo a perceber como ele nasceu, cresceu e se desenvolveu ao longo dos tempos. Ao olhar para a história do Direito Administrativo, num exercício de psicanálise cultural, avultam, desde logo, duas principais “experiências traumáticas”: a da sua ligação originária a um modelo de Contencioso dependente da Administração e a das

⁵ VASCO PEREIRA DA SILVA, «O Contencioso A. no D. da P. – E. sobre as A. no N. P. A.», cit., p. 6.

⁶ Vide VASCO PEREIRA DA SILVA, «O Contencioso A. no D. da P. – E. sobre as A. no N. P. A.», cit., p. 6.

circunstâncias que estão na base da afirmação da sua própria autonomia enquanto ramo de direito.

O primeiro desses “acontecimentos traumáticos” decorre do surgimento do Contencioso Administrativo, na Revolução francesa, concebido como “privilégio de foro” da Administração, destinado a garantir a defesa dos poderes públicos e não a assegurar a protecção dos direitos dos particulares. O princípio da separação de poderes, tal como então foi entendido, levou à criação de um «juiz doméstico», para usar a feliz expressão de NIGRO⁷, de um “juiz de trazer por casa”, pois se atribuía aos órgãos da Administração a tarefa de se julgarem a si próprios. Assim, em nome da separação de poderes, o que se instaurou foi um sistema assente na «confusão entre a função de administrar e a de julgar» (DEBBASCH / RICCI⁸), na promiscuidade entre o poder administrativo e o poder judicial. E foi esse modelo de contencioso administrativo que, por intermédio da actuação dos respectivos órgãos, foi elaborando o Direito Administrativo.

O segundo “acontecimento traumático” prende-se com as circunstâncias em que foi afirmada a autonomia do Direito Administrativo, verificando-se também aqui uma maior preocupação com a garantia da Administração do que com a protecção dos particulares. Na verdade, aquela que é considerada a “primeira sentença” do Direito Administrativo, consagrando a sua autonomia enquanto ramo da ciência jurídica, data de 1873, foi proferida pelo Tribunal de Conflitos francês, e é uma triste decisão, não apenas pelo caso a que se refere como pelo seu próprio conteúdo⁹.

O caso era relativo a uma criança de cinco anos, Agnès Blanco, que tinha sido atropelada por um vagão de um serviço público (de tabaco), não tendo os seus pais conseguido obter a devida indemnização, nem do Tribunal de Bordéus, nem do Conselho de Estado, porque ambos se declararam incompetentes para decidir uma questão em que intervinha a Administração e que, como tal, ambos entendiam que não era directamente regulada pelo Código Civil. Chamado a pronunciar-se, o

⁷ MARIO NIGRO, «Trasformazioni dell' Amministrazioni e Tutela Giurisdizionale Difeferenziata», in «Rivista di Diritto e Procedura Civile», Março de 1980, n.º 1, páginas 20 e 21.

⁸ DEBBASCH / RICCI, «Contentieux Administratif», 8ª edição, Dalloz, Paris, 2001, página 4.

⁹ Vide o «Acórdão Blanco» em LONG / WEIL / BRAIBANT / DELVOLVÉ, «Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative», 9ª edição, Sirey, Paris, 1990, página 15.

Tribunal de Conflitos vem dizer que a competência para decidir cabia à ordem administrativa, deste modo resolvendo o conflito de jurisdições. Mas, simultaneamente, vai considerar, por estar em causa um serviço público, que a indemnização a ser atribuída não se poderia regular pelas normas aplicáveis às relações entre particulares. Antes haveria que criar um “direito especial” para a Administração, que tomasse em consideração o seu “estatuto de privilégio”.

Como se vê, a afirmação da autonomia do Direito Administrativo surge para justificar a necessidade de limitar a responsabilidade da Administração perante uma criança de cinco anos, atropelada por um vagão de um serviço público. O que não é apenas um «episódio triste» (SABINO CASSESE)¹⁰, como é também um “triste começo” para o Direito Administrativo, cujo nascimento fica associado a uma história de negação dos direitos dos particulares. Por muito que se quisesse, era difícil imaginar um começo mais “traumático” para o Direito Administrativo!...

Esta e outras “experiências traumáticas”, que marcaram a “infância difícil” do Processo e do Direito Administrativo, estão na génese de muitos dos seus actuais “complexos”. Daí a importância da análise histórica para a “psicanálise cultural” do Direito Administrativo, ao funcionar como uma espécie de técnica de “catarse”, que possibilita a cura do paciente mediante a rememoração dos acontecimentos traumáticos. Impõe-se, por isso, proceder a uma apreciação mais detalhada dos referidos acontecimentos traumáticos.

Há, assim, que analisar tanto o Direito como o Contencioso Administrativo, pois que ambos se encontram indissociavelmente ligados, tanto em termos históricos como na actualidade. O Contencioso Administrativo surge na Revolução Francesa e é marcado por uma espécie de “pecado original” de ligação da Administração à Justiça. Retomando uma metáfora, em que tenho vindo a insistir há já alguns anos¹¹, é possível distinguir três fases principais na evolução do

¹⁰ SABINO CASSESE, «Le Basi del Diritto Amministrativo», 5.ª edição (3.ª reimpressão), Garzanti, Milano, 2004, página 16.

¹¹ Vide VASCO PEREIRA DA SILVA, «A Natureza Jurídica do Recurso Directo de Anulação», Almedina, Coimbra, 1985; «O Recurso Directo de Anulação – Uma Acção Chamada Recurso», Cognitio, Lisboa, 1987; «Para um Contencioso Administrativo dos Particulares – Esboço de uma Teoria Subjectivista do Recurso Directo de Anulação», Almedina, Coimbra, 1989; «Em Busca do Acto Administrativo Perdido», Almedina, Coimbra, 1996.

contencioso administrativo, as quais podem também ser associadas a três momentos distintos da evolução do Estado, a saber:

a fase do “pecado original”, correspondente ao período do seu nascimento e que vai apresentando distintas configurações até chegar ao sistema da “justiça delegada”, sendo esta última modalidade que se vai impor como paradigma do modelo de Estado liberal. Em Portugal, esta “fase do pecado original” do Contencioso Administrativo vai ter uma duração mais longa do que noutros países europeus, já que vai durar desde a instauração do liberalismo político (com os célebres decretos de Mouzinho da Silveira de 1836, que proíbem os tribunais comuns de julgar a Administração) até à Constituição de 1976;

a fase do “baptismo”, ou da plena jurisdicionalização do contencioso administrativo, prenunciada na transição dos séculos XIX para o XX, e cujo apogeu vai ficar associado ao modelo de Estado Social. Baptismo este que, em Portugal, só se produz verdadeiramente com a Constituição de 1976, que integra os tribunais administrativos no poder judicial, embora no quadro de uma jurisdição autónoma (artigos 202.º, 209.º e 212.º da Constituição);

a fase do “crisma” ou da “confirmação”, caracterizada pela reafirmação da natureza jurisdicional do Contencioso Administrativo, mas acompanhada agora pela acentuação da respectiva dimensão subjectiva, destinada à protecção plena e efectiva dos direitos dos particulares, que corresponde à actual situação da Justiça Administrativa no Estado Pós-social, em que vivemos. Fase que pode ser dividida em dois períodos: o da constitucionalização (que tem os seus primórdios com a Lei Fundamental alemã, de 1949 – ainda em pleno modelo de Estado Social -, mas que se vai desenvolver e expandir pelos demais países europeus, atingindo o seu apogeu, com o Estado Pós-social, já nas décadas de 70 e de 80 do século XX), em que se generaliza a elevação a nível constitucional, seja por acção do legislador constituinte, seja pela acção da jurisprudência (nomeadamente constitucional), dessa dupla dimensão jurisdicional e subjectiva, que a legislação ordinária procura concretizar; e o da europeização (relativo, em especial, aos finais do século XX e inícios do século XXI), que decorre do surgimento de um Direito Europeu do

Contencioso Administrativo que, para além da sua importância e eficácia próprias, se tem vindo a reflectir também na aproximação da Justiça Administrativa dos países membros, no sentido do aperfeiçoamento dos meios processuais, tanto a nível principal como cautelar.

Isto dito, é tempo de sentar agora o Direito Administrativo no Divã da Europa e dar a devida atenção ao fenómeno da europeização. Verifica-se, em nossos dias, um fenómeno de crescente europeização do Direito Administrativo, que decorre de duas realidades: por um lado, há cada vez mais fontes jurídicas europeias relevantes em matéria de Direito e de Processo Administrativos (v.g. matérias como a dos serviços públicos, da contratação administrativa, das providências cautelares encontram-se reguladas em normas comunitárias); por outro lado, assiste-se a uma intensificação da integração jurídica horizontal, que resulta nomeadamente da adopção de políticas comuns, do efeito unificador da jurisprudência europeia, e da perspectiva comparatista adoptada pela legislação e pela doutrina nacionais, o que tem como consequência a aproximação das legislações dos diferentes países da Comunidade. Veja-se, a título de exemplo, «aquilo que se passou, em praticamente todos os países europeus, nos finais do século XX e inícios do século XXI, com as reformas do Contencioso Administrativo, que “espalharam por toda a Europa” um Processo Administrativo que supera divergências históricas entre modelos antagónicos [a saber: francês, germânico e anglo-saxónico] e converge para um “modelo comum europeu” (sem que isso signifique a perda de individualidade própria de cada um dos sistemas nacionais)

¹².

Assiste-se, assim, ao desaparecimento da ligação necessária do Direito Administrativo ao Estado, tão característica dos primórdios do nosso ramo de direito, não só do ponto de vista interno como, agora também, do europeu e mesmo do internacional¹³. Pois, do ponto de vista interno, para além da actividade

¹² VASCO PEREIRA DA SILVA, «O Contencioso A. no D. da P. – E. sobre as A. no N. P. A.», cit., pp. 114 e 115 (sobre o objecto e o alcance das referidas reformas do Contencioso Administrativo em França, Alemanha, Espanha, Itália e Reino Unido, vide pp. 115 e ss.)

¹³ Neste sentido, vide entre outros SABINO CASSESE, «Diritto Amministrativo Comunitario e Diritti Amministrativi Nazionali», in CHITI / GRECO (coordenação) «Trattato di Diritto Amministrativo Europeo», Giuffrè, Milano, 1997, páginas 3 e seguintes; «Le Basi Costituzionali», in SABINO

administrativa já, de há muito, ter deixado de ser meramente estadual, passando a ser realizada por uma multiplicidade de entidades, de natureza pública e privada (ao ponto de se poder dizer, como NIGRO¹⁴, que em vez de “Administração” se deve passar a usar a expressão “administrações”, utilizando o plural), assiste-se também agora, do ponto de vista externo, ao surgimento de uma dimensão internacional de realização da função administrativa (nomeadamente, no âmbito de organizações internacionais), que leva a falar num Direito Administrativo Global, assente na ideia de “governança” (“governance”)¹⁵.

Mas é, sobretudo, no domínio do Direito Europeu, que se realiza esta dimensão transfronteiriça do Direito Administrativo, posto que só ao nível da União Europeia (e diferentemente do que sucede no âmbito internacional) é que se verificou a criação de uma verdadeira ordem jurídica, simultaneamente própria e comum, que resulta da conjugação de fontes comunitárias com fontes nacionais e que vigora automaticamente na esfera dos Estados membros (através dos mecanismos do “efeito directo” e da “primazia” do Direito Europeu). Uma União europeia que, entre os seus objectivos fundamentais, visa a prossecução de políticas públicas ao nível europeu, através das administrações dos Estados-membros, que assim são “transformadas” em administrações europeias (ao lado das – relativamente reduzidas - administrações comunitárias, propriamente ditas) para a realização dessas tarefas administrativas¹⁶.

CASSESE, «Trattato di Diritto Amministrativo – Diritto Amministrativo Generale», vol. I, Giuffrè, Milano, 2000, páginas 159 e seguintes; «Trattato di Diritto Amministrativo – Diritto Amministrativo Generale», volumes I e II, Giuffrè, Milano, 2000; MARIO CHITI, «Diritto Amministrativo Europeo», Giuffrè, Milano, 1999; «Monismo o Dualismo in Diritto Amministrativo: Vero o Falso Dilemma?», in «Rivista Trimestrale di Diritto Amministrativo», n.º 2, 2000, páginas 301 e seguintes; MARIO CHITI / GUIDO GRECO, «Trattato di Diritto Amministrativo Europeo», Giuffrè, Milano, 1997.

¹⁴ MARIO NIGRO, «Trasformazioni dell' Amministrazioni e Tutela Giurisdizionale Diferenziata», in «Rivista di Diritto e Procedura Civile», Março de 1980, n.º 1, página 22.

¹⁵ DOUGLAS LEWIS, «Law and Governance», Cavendish, London / Sydney, 2001; ARNIM VON BOGDANDY «Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts – eine Bestandsaufnahme», in «Zeitschrift für Ausländisches öffentliches Rechts und Völkerrecht», n.º 853, 2002 páginas 63 e seguintes, SABINO CASSESE, «Global Standards for National Administrative Procedure», 2005 <http://law.duke.edu/journals/lcp> .

¹⁶ Conforme escreve CASSESE, «a ideia dos fundadores da Comunidade europeia era a de instituir um ordenamento jurídico supranacional que se sobrepusesse ao dos Estados, mas que não interferisse com as administrações dos mesmos, das quais se deveria antes servir» (SABINO CASSESE, «Le Basi C.», in SABINO CASSESE, «Trattato di D. A.» - «Diritto A. G.», t. I, cit., p. 172). Mas esta “indiferença” inicial pela “organização administrativa” cedo vai ser alterada, em razão do alargamento das tarefas (administrativas) comunitárias e da necessidade da sua maior eficácia, conduzindo à actual «integração das administrações nacionais com a administração comunitária»,

Surge, portanto, uma “função administrativa europeia”, enquanto elemento essencial da “constituição material europeia”¹⁷, que vai implicar a “integração” das fontes e das instituições administrativas europeias e dos Estados-membros, originando uma «progressiva comunitarização dos modelos administrativos nacionais», em razão do “corte” das tradicionais “amarras” do Direito Administrativo relativamente ao Estado e o seu «ancoramento na Comunidade [europeia]» (“il disancoraggio del diritto amministrativo dallo Stato e l’ ancoraggio nella Comunità”)» (CASSESE)¹⁸. Desta forma, a União Europeia pode ser considerada como «uma comunidade de Direito Administrativo», para usar a sugestiva formulação de SCHWARZE¹⁹, visto que os respectivos objectivos e tarefas são, em grande medida, de natureza administrativa, como administrativa (em sentido material) é também a função concretizadora das políticas públicas europeias, como administrativas (em sentido orgânico) são ainda as

que é realizada «através de três princípios fundamentais: o que decorre da integração normativa, a proibição de discriminação, o princípio da cooperação» ((SABINO CASSESE, «Le Basi C.», in SABINO CASSESE, «Trattato di D. A.» - «Diritto A. G.», t. I, cit., pp. 174 e 175).

¹⁷ Da minha perspectiva – e sem que seja este o momento adequado para aprofundar a questão – o próprio poder constituinte que, nos primórdios do liberalismo, estava indissociavelmente ligado ao Estado, tem assumido também uma dimensão internacional, como sucede no âmbito da União Europeia, em que a existência de regras e de princípios fundamentais acerca da “repartição de poderes” (tanto entre as próprias instituições comunitárias, umas relativamente às outras, como entre aquelas e as instituições dos Estados-membros), assim como relativos à garantia dos direitos fundamentais (vide “A Carta Europeia dos Direitos Fundamentais”), configura uma verdadeira “Constituição Europeia” (pelo menos, em sentido material), sem que se possa (ou deva) falar de um “Estado Europeu” (neste sentido, FRANCISCO LUCAS PIRES, «Introdução ao Direito Constitucional Europeu», Almedina, Coimbra, 1997; FAUSTO DE QUADROS, «Direito da União Europeia», Almedina, Coimbra, 2004; ANA MARIA MARTINS, «Introdução ao Direito Constitucional da União Europeia», Almedina, Coimbra, 2004; PETER FISCHER / H. B. KOECK / M. M. KAROLLUS, «Europarecht – Recht der EU/EG, des Europarates und der wichtigsten anderen europäischen Organisationen», 4.ª edição, Linde Verlag, Wien, 2002, páginas 314 e seguintes; KOEN LENAERTS / PIET VAN NUFFEL, «Constitutional Law of the European Union», 2.ª edição, Sweet and Maxwell, London, 2005).

Daí que, a meu ver, grande parte da polémica, tanto em Portugal como noutros países europeus, instalada à volta do anterior projecto de “Tratado que Estabelece uma Constituição para a Europa”, agora substituído pelo “Tratado Reformador da União Europeia” ou “Tratado de Lisboa” (que, para “fugir à controvérsia”, abandona a denominação de “constituição” ou de “tratado constitucional”), não esteja bem colocada. Pois, a questão não é a de saber se a Europa deve ou não ter uma constituição europeia – coisa que, de facto, já possui, e há muito tempo -, mas sim a de saber se deve ou não ser aprovada uma “revisão constitucional”, com o conteúdo proposto pela anterior “constituição europeia” ou pelo actual “tratado reformador”, ou se, pelo contrário, é preferível manter-se a constituição tal como está (nomeadamente, com a configuração adoptada pelo Tratado de Nice). Mas essa é outra discussão e “outra viagem”...

¹⁸ SABINO CASSESE, «Le Basi C.», cit., in SABINO CASSESE, «Trattato di D. A. - D. A. G.», cit., p. 180.

¹⁹ JUERGEN SCHWARZE, «Europäisches Verwaltungsrecht – Entstehen und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft», 1.º volume, 1.ª edição, Nomos, Baden-Baden, 1988, página 3.

“administrações europeias” que desempenham essa função, quer se trate de instituições comunitárias quer de nacionais.

Uma tal dimensão europeia do Direito Administrativo, contudo, para usar de novo a metáfora psicanalítica, se é já hoje uma realidade ao nível do inconsciente – pois todos os publicistas, mesmo sem o saber, aplicam quotidianamente fontes europeias, inserindo-se assim num processo continuado de interacção entre Direito Europeu e Direito Administrativo –, o que é facto é que ainda não se verifica ao nível do consciente, ao nível da doutrina e da jurisprudência, não existindo ainda a necessária verbalização ou a suficiente consciencialização dessa realidade. O que origina, «com frequência, fenómenos patológicos de apreensão da realidade, que tornam imperioso “fazer sentar” o Direito e o Processo Administrativos no “divã da Europa”, de modo a facilitar a saudável conciliação entre as respectivas “facetas” interna e europeia»²⁰.

Tão forte é este fenómeno de europeização, «na sua dupla vertente de criação de um Direito Administrativo ao nível europeu e de convergência dos sistemas administrativos dos Estados-membros da União» que, à semelhança do entendimento do «Direito Administrativo como Direito Constitucional Concretizado» (FRITZ WERNER)²¹, me atrevo a propor «que se passe a entender também o Direito Administrativo como Direito Europeu concretizado»²². Aforismo que necessita, também ele, de ser entendido no duplo sentido (explicitado por HAEBERLE²³, no que respeita às relações entre Direito Constitucional e Administrativo, mas que, em minha opinião, é igualmente de estender às ligações entre Direito Europeu e Direito Administrativo) de:

“dependência administrativa do Direito Europeu”. Pois, o Direito Europeu só se realiza através do Direito Administrativo, já que, por um lado, as políticas públicas

²⁰ VASCO PEREIRA DA SILVA, «O Contencioso A. no D. da P. – E. sobre as A. no N. P. A.», cit., p. 103.

²¹ FRITZ WERNER, «Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht», in FRITZ WERNER, «Recht und Gericht unser Zeit», Carl Heymanns Verlag, Koeln/ Berlin / Bonn/ Muenchen, 1971, páginas 212 e seguintes.

²² VASCO PEREIRA DA SILVA, «O Contencioso A. no D. da P. – E. sobre as A. no N. P. A.», cit., pp. 103 e 104.

²³ Vide PETER HAEBERLE, «Auf dem Weg. Zum Allgemeinen Verwaltungsrecht», in «Bayerischen Verwaltungsblätter», n.º 24, 15 de Dezembro de 1977, páginas 745 e 746..

européias correspondem ao exercício da função administrativa, tal como administrativa é também a natureza das normas que as estabelecem, ao nível europeu, por outro lado, a concretização do Direito Europeu é realizada por normas, instituições e formas de actuação de Direito Administrativo, ao nível de cada um dos Estados que integram a União;

“dependência europeia do Direito Administrativo” Pois, o Direito Administrativo é cada vez mais Direito Europeu, quer pela multiplicidade de fontes europeias relevantes no domínio jurídico-administrativo, criando uma situação de “pluralismo normativo” no quadro dos ordenamentos nacionais²⁴, quer pela convergência crescente dos ordenamentos nacionais neste domínio, que tem conduzido a uma aproximação crescente dos direitos administrativos dos Estados-membros, na tripla perspectiva: substantiva, procedimental e processual.

O Direito Administrativo transformou-se, assim, num «direito mestiço», segundo a feliz expressão de MARIO CHITTI ²⁵, dotado de princípios, de normas, de noções, de institutos, de correntes doutrinárias ou jurisprudenciais, tanto de proveniência nacional como comunitária, que se combinam e interagem num processo continuado no tempo e no espaço. O que é particularmente notório, designadamente, em domínios como o da noção de Administração Pública, que se transformou numa noção de “geometria variável”, mudando consoante as realidades e os sectores a regular; o das formas de actuação administrativa, em especial no que respeita ao acto administrativo e à contratação pública, como se verá já de seguida; o do Processo Administrativo, em especial no que respeita às questões do âmbito da jurisdição, (da plenitude) dos poderes do juiz e das providências cautelares.

²⁴ De acordo com MARIO CHITTI, o «pluralismo jurídico» consiste na «presença simultânea, em todos os ordenamentos, de múltiplas fontes de direito e variedade de direito substancial». Mas esse «fenómeno é particularmente evidente na União europeia, onde os Estados membros aplicam, ao mesmo tempo, o Direito Internacional geral, o Direito Internacional “regional”, como seja o decorrente do Conselho da Europa e de outras organizações internacionais europeias, o Direito da União europeia (...), e o Direito nacional» (MARIO CHITTI, «Monismo o D. in D. A.: V. o F. D.», cit., in «Rivista T. di D. P.», cit., p. 305).

²⁵ MARIO CHITTI, «Monismo o Dualismo in Diritto Amministrativo: Vero o Falso Dilemma?», in «Rivista Trimestrale di Diritto Amministrativo», n.º 2, 2000, páginas 305.

2- A Europa e as modernas transformações da noção de acto administrativo

Feito o enquadramento do problema, cabe agora analisar algumas das suas mais importantes configurações, designadamente no que respeita às formas de actuação administrativa, pelo que a segunda etapa da nossa viagem consiste na “revisitação” da noção de acto administrativo. Também aqui, a europeização se, por um lado, vai dar continuidade às transformações sofridas pela noção de acto administrativo decorrentes da passagem da Administração Agressiva (“Eingriffsverwaltung”) do Estado Liberal para a Administração Prestadora (“Leistungsverwaltung”²⁶) do Estado Social e para a Administração Infra-estrutural (“Infrastrukturverwaltung” - FABER²⁷) do Estado Pós-Social, e que conduziram à superação dos “traumas” da sua “infância difícil”, por outro lado, vai introduzir nessa forma de actuação administrativa novas dimensões conceptuais “mestiças”, decorrentes da integração jurídica europeia.

Desde logo, a noção autoritária de acto administrativo como “expressão máxima” do poder estadual, que correspondeu à filosofia da Administração Agressiva do Estado Liberal – e que deu origem às grandes concepções clássicas como a da “decisão executória” de HAURIOU²⁸, a da “definição do direito imposta aos súbditos” de MAYER²⁹, ou a do “acto definitivo e executório” de MARCELLO CAETANO³⁰ –, não faz mais qualquer sentido em nossos dias. Pois, o advento do Estado Social trouxe consigo o novo paradigma do “acto favorável” praticado no âmbito de uma Administração Prestadora, o que significou, por um lado, a perda do carácter “central” do acto administrativo, que passou a ter de ser considerado

²⁶ Sobre o sentido e os limites da contraposição entre Administração Agressiva e Prestadora vide OTTO BACHOF, *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*, in «Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer», n.º 30, Walter de Gruyter, Berlin, 1972, páginas 193 e seguintes.

²⁷ HEIKO FABER, «Vorbemerkungen zu einer Theorie des Verwaltungsrechts in der nachindustriellen Gesellschaft», in «Auf einer Dritten Weg – Festschrift für Helmut Ridder zum siebzigsten Geburtstag», Luchterland, 1989, páginas 291 e seguintes; «Verwaltungsrecht», 3ª edição, 1992, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, páginas 336 e seguintes.

²⁸ MAURICE HAURIOU, «Précis Élémentaire de Droit Administratif», 5.ª edição (com a colaboração de A. HAURIOU), Sirey, Paris, 1943, página 340.

²⁹ OTTO MAYER, «Deutsches Verwaltungsrecht», I volume, 6.ª edição (reimpressão de 3.ª edição, de 1924), Von Duncker & Humblot, Berlin, 1969, página 93.

³⁰ MARCELO CAETANO, «Manual de Direito Administrativo», 10ª edição (reimpressão), volumes I e II, Almedina, Coimbra, 1980, maxime páginas 463 e seguintes.

em “concorrência” com outras formas de actuação administrativa, e integrado no âmbito do procedimento e da relação jurídica; por outro lado, fez deslocar a tónica conceptual dos elementos autoritários para os materiais da criação de direitos e da prestação de bens e serviços aos particulares. Assim como o Estado Pós-social, com a sua nova dimensão de Administração Infra-estrutural, trouxe consigo o acto multilateral, produtor de efeitos relativamente a uma multiplicidade de destinatários, noção esta que se encontra já muito distante do paradigma originário clássico do acto administrativo³¹.

Todas estas transformações do conceito de acto administrativo não apenas são confirmadas como também acentuadas pela europeização, a qual vai contribuir para a consolidação de uma noção aberta desta forma de actuação, correspondente mais ao desempenho da função do que ao exercício do poder administrativo (como outrora). Assim, o efeito da europeização manifesta-se, entre outros, nos seguintes aspectos:

perda da dimensão estatutária do acto administrativo, decorrente do facto do Direito Europeu regular as actuações administrativas em razão da função que elas realizam e não por corresponderem ao exercício de um qualquer poder, ou de serem provenientes de determinadas entidades. Isto, porque o Direito Europeu se destina a ser aplicado em países com tradições e sistemas jurídicos distintos, valendo tanto para os países de tradição francesa, em que existe uma determinada concepção do acto administrativo, como os de tradição anglo-saxónica, onde tal conceito é desconhecido. Daí que o Direito Europeu, não podendo privilegiar nenhuma das tradições jurídicas em detrimento da(s) outra(s), tenha de procurar um conceito “mestiço”, reconstruindo (em termos “neutros”) a noção de acto administrativo em razão da natureza da actividade que está a ser desempenhada, independentemente de saber se ele é praticado por entidades públicas ou privadas, ou de saber se aquelas se encontram a exercer poderes públicos ou no uso de poderes privados. Verifica-se, assim, um fenómeno de “dessubjectivação”

³¹ Sobre a evolução conceptual da noção de acto administrativo, vide VASCO PEREIRA DA SILVA, «Em Busca do Acto Administrativo Perdido», Almedina, Coimbra, 1996; «O Contencioso A. no D. da P. – E. sobre as A. no N. P. A.», cit., pp. 304 e ss..

(CASSESE³²) do acto administrativo ao nível europeu, uma vez que ele deixa de estar dependente da natureza pública ou privada da entidade que o praticou, ou do estatuto jurídico que ela possua. Esta perda do carácter estatutário do acto administrativo (e, mais genericamente, também do próprio Direito Administrativo), que é determinada pela europeização, corresponde, nomeadamente, à solução consagrada, em Portugal, no art. 4.º, n.º 1, alínea *d*), do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, alargando o âmbito da jurisdição administrativa à actuação de sujeitos privados que praticam “actos administrativos em sentido europeu”, pois colaboram no exercício da função administrativa, ficando por isso submetidos a um regime jurídico-público (tanto substantivo como processual);

esbatimento do carácter regulador do acto administrativo (que era um elemento característico das noções clássicas, que surge agora desvalorizado no quadro europeu). Um tal efeito da europeização é visível a dois níveis: por um lado, os procedimentos administrativos são cada vez mais complexos e faseados (nomeadamente, nos domínios económico e ambiental, v.g. os casos de licenciamento da actividade económica ou da avaliação de impacto e de licenciamento ambientais), pelo que o aspecto decisório da regulação tende a diluir-se e a prolongar-se no tempo, sendo partilhado por distintas entidades públicas e construído com a participação de privados; por outro lado, cada vez mais as formas de actuação administrativa do Direito Europeu assumem uma configuração combinatória (afastando-se da respectiva “pureza originária”), nomeadamente misturando elementos unilaterais e contratuais, dimensões sancionatórias com tentativas de aliciamento e de influência (dos consumidores, do mercado), originando actos administrativos *sui generis* (v.g. os casos da eco-etiqueta, ou da eco-gestão no Direito do Ambiente)³³. O que obriga a pôr em causa as fronteiras conceptuais tradicionais (como as que distinguem actos definitivos e

³² SABINO CASSESE, «Le Basi C.», in SABINO CASSESE, «Trattato di Diritto A. – D. A. G.», vol. I, cit., pp. 159 e ss..

³³ Sobre as referidas formas de actuação administrativa ambiental vide VASCO PEREIRA DA SILVA, «Verde Cor de Direito – Lições de Direito do Ambiente», Almedina, Coimbra, 2002, páginas 173 e seguintes.

de procedimento, actos em sentido estrito e em sentido amplo, actos principais e instrumentais, auxiliares ou acessórios) e convida à adopção de noções amplas e abertas de acto administrativo (à semelhança, de resto, do que já faz o legislador português do Código de Procedimento Administrativo, no artigo 120º);

proliferação de actos administrativos provenientes de autoridades administrativas independentes, que necessitam de ser acompanhados de sistemas de controlo judicial mais eficaz e adequado. Originárias dos sistemas anglo-saxónicos, as autoridades administrativas independentes tendem a generalizar-se em todos os países europeus, tanto em fontes comunitárias como nacionais. Ora, é preciso não esquecer que, mesmo no sistema britânico, em que tradicionalmente se considera que estas autoridades independentes (“tribunals”) desempenham, em simultâneo, funções administrativas e jurisdicionais, vigora o princípio – imposto tanto pelo Direito Constitucional como pelo Direito Europeu, como é expressamente reconhecido pela jurisprudência e pela doutrina britânicas – segundo o qual os actos praticados por tais entidades se encontram sempre submetidos (para além dos específicos controlos administrativos) a controlo judicial – mediante “judicial review”, que é um meio processual “específico” do Contencioso Administrativo, a correr perante um tribunal (“Queen’s Bench of the High Court”) que, na prática, é de competência especializada em questões administrativas, embora no quadro de uma jurisdição única³⁴. Assim, se é de saudar o surgimento destas entidades administrativas independentes, em sistemas como o português, por efeito da europeização, torna-se igualmente necessário garantir o adequado e eficaz

³⁴ Sobre a evolução histórica e a actualidade do Direito Administrativo na Grã-Bretanha, vide STEPHEN LEGOMSKY, «Specialized Justice – Courts, Administrative Tribunals, and a Cross-National Theory of Specialization», Clarendon Press – Oxford, Oxford / New York, 1990; MICHAEL HARRIS / MARTIN PARTINGTON, «Administrative Justice in the 21st. Century», Hart Publishing, Oxford, Portland / Oregon, 1999; HOOD PHILIPS/ PAUL JACKSON / PATRICIA LEOPOLD, «Constitutional and Administrative Law», Sweet & Maxwell, London, 2001; PETER LEYLAND / TERRY WOODS, «Textbook on Administrative Law», 4.ª edição, Oxford University Press, Oxford, 2002; HILAIRE BARNETT, «Constitutional and Administrative Law», Cavendish Publishing, London / Sidney, 2002; BRADLEY / EWING, «Constitutional and Administrative Law», 13ª edição, Longman, London / New York, 2003; WADE / FORSYTH «Administrative Law», 9.ª edição, Oxford University Press, Oxford, 2004; NEIL PARP WORTH, «Constitutional and Administrative Law», Oxford University Press, Oxford / New York, 2006; VASCO PEREIRA DA SILVA, «O Contencioso A. no D. da P. – E. sobre as A. no N. P. A.», cit., pp. 56 e ss..

controlo das respectivas decisões (“mestiças”) perante os tribunais competentes, que devem ser, entre nós, os da jurisdição administrativa (à luz dos artigos 212.º, n.º 2, e 268.º, n.º 4, da Constituição e do artigo 4.º do ETAF). Não faz, por isso, qualquer sentido (e pode mesmo originar problemas de inconstitucionalidade) que o legislador português tenha estabelecido, em numerosos casos, que o controlo judicial dos actos administrativos praticados por autoridades administrativas independentes esteja a cargo dos tribunais judiciais (v.g. as decisões da Autoridade da Concorrência, que são fiscalizadas pelos tribunais de comércio), os quais, por não serem especializados em matérias administrativas, não estão em condições de proceder a uma fiscalização tão adequada e eficaz como a que deveria ser realizada pelos tribunais administrativos (à semelhança, de resto, do que tende a suceder em países que, como nós, adoptam a dualidade de jurisdições, nomeadamente a França e a Alemanha).

2- A Europa e as modernas transformações da contratação administrativa

A última paragem desta nossa brevíssima viagem pela Europa das formas de actuação administrativa diz respeito à contratação pública. Trata-se de um domínio historicamente marcado por uma dualidade esquizofrénica, que remonta aos tempos da “infância difícil” do Contencioso Administrativo de tipo francês, quando o Conselho de Estado não era ainda um Tribunal, mas um órgão da Administração, e os “privilégios de foro” relativos aos actos administrativos vão ser também estendidos a certos contratos considerados mais importantes (v.g. por razões de ordem económica ou política). Surge, então, «no Contencioso Administrativo, a primeira manifestação da dicotomia “esquizofrénica” ao nível dos contratos celebrados pela Administração Pública, que leva a distinguir, de “entre os iguais”, aqueles que “eram mais iguais do que os outros”, de modo a lhes poder ser atribuído um “foro especial”, privativo da Administração, enquanto que

os demais ficavam submetidos aos tribunais judiciais, como os acordos celebrados entre simples particulares»³⁵.

Só que essa primeira dualidade de natureza processual vai transformar-se, depois, também numa esquizofrenia de tipo substantivo, em razão da teoria francesa do contrato administrativo. Segundo essa perspectiva, os “contratos administrativos” são distintos dos “contratos de direito privado da Administração”, pois corresponderiam a “privilégios exorbitantes” ou a poderes administrativos “especiais”, enquanto que os segundos corresponderiam a acordos celebrados por entidades públicas mas actuando como simples privados, “desprovidas de poderes de autoridade”. Ora, esta noção de contrato assentava, ela própria, «numa dualidade “esquizofrénica”. Pois, o contrato administrativo é – simultânea e contraditoriamente – visto como um acordo de vontades, ou como um negócio jurídico bilateral, celebrado entre a Administração e os particulares, e como o exercício de poderes unilaterais exorbitantes ou autoritários, por parte das autoridades públicas. O contrato administrativo é, pois, um conceito bifronte – à semelhança de um “monstro de duas caras” -, que consegue ser, ao mesmo tempo, bilateral e unilateral, consenso de vontades e supremacia (ou submissão) de uma parte em face da outra, instrumento de cooperação e mecanismo de sujeição»³⁶.

Ora, a generalização da contratação administrativa em todos os domínios de actuação pública, decorrentes da passagem do Estado Liberal para o Social e deste para o Pós-Social, vai começar a pôr em causa os fundamentos doutrinários desta visão dualista, originando um «movimento de sentido convergente, através do qual se tem vindo a reconhecer que, nem o “contrato administrativo” é tão exorbitante quanto isso, nem os contratos privados da Administração são exactamente iguais aos contratos celebrados entre particulares, o que reflecte, desde logo, uma eventual aproximação entre todos os contratos da Administração» (MARIA JOÃO ESTORNINHO)³⁷.

³⁵ VASCO PEREIRA DA SILVA, «O Contencioso A. no D. da P. – E. sobre as A. no N. P. A.», cit., pp. 437 e 438.

³⁶ VASCO PEREIRA DA SILVA, «O Contencioso A. no D. da P. – E. sobre as A. no N. P. A.», cit., pp. 438 e 439.

³⁷ MARIA JOÃO ESTORNINHO, «Requiem pelo Contrato Administrativo». Almedina, Coimbra, 1990, página 15.

A nova tendência, no sentido da “unidade” de tratamento de toda a actividade contratual da Administração pública é, por um lado, acção de certos sectores da doutrina, por outro lado, do Direito Europeu. No domínio europeu, as exigências da construção de uma união económica e monetária vão dar origem ao estabelecimento de um regime comum da contratação pública, incluindo regras substantivas, de procedimento e de processo. Surge assim uma noção “mestiça” unitária de contrato público, que “salta por cima das fronteiras jurídicas nacionais” - do “contrato administrativo” francês, do “contrato de direito público” alemão ou do “contrato comum” (igual aos demais) anglo-saxónico -, estabelecendo um regime comum para determinados contratos correspondentes ao exercício da função administrativa. Superam-se, assim, clássicas dualidades esquizofrénicas no domínio da contratação pública com a ajuda do “divã” da Europa, mediante a criação de um regime jurídico comum europeu para certos tipos de contratos, ou para certos domínios de actividade, por se considerar que eles correspondem ao exercício da função administrativa, independentemente das questões de qualificação jurídica específicas dos Estados.

Em Portugal, o fenómeno da europeização tem sido um importante eixo de transformação do Direito Administrativo português da contratação pública. De facto, o movimento unificador da contratação pública ditado pelo Direito Europeu, manifestou-se primeiro na legislação relativa aos procedimentos pré-contratuais e, depois, na legislação do contencioso administrativo, que eliminou, para efeitos processuais, a categoria dos contratos administrativos [art. 4.º, 1, b), e), f) CPTA]. Mais recentemente, a necessidade de transpor para a ordem jurídica portuguesa as Directivas de 2004 (Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à “coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, fornecimento público e serviços”; e a Directiva 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à “coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços públicos”) levou à elaboração de um Código da Contratação Pública, que revogou a disciplina geral do

contrato administrativo (constante, até aí, dos artigos 178.º a 189.º do Código de Procedimento Administrativo).

O actual Código da Contratação Pública fica a meio-caminho entre a adopção de um conceito genérico de “contrato público”, em sentido europeu, e a manutenção da dualidade esquizofrénica originária. Assim, por um lado, o legislador estabelece, pela primeira vez no Direito Administrativo nacional, uma disciplina geral completa (tanto procedimental como material) de todos os contratos em que intervém a administração, ao mesmo tempo que uniformiza e simplifica a tipologia e a tramitação dos procedimentos pré-contratuais e racionaliza o regime material da contratação pública. Por outro lado, o Código persiste em manter a dualidade conceptual esquizofrénica entre contratos administrativos e outros contratos da administração (art. 1.º, 1 CCP), mesmo se a definição do dito contrato administrativo (art. 1.º, 6) fornece argumentos para o esbatimento das fronteiras conceptuais ao nível da totalidade da contratação pública, assim como alarga o respectivo âmbito, que passa a incluir os contratos de aquisição de locação de bens e aquisição de bens móveis e serviços (arts. 431.º, 437.º, 450.º CCP)³⁸.

Em síntese, se é facto que o legislador português estabeleceu já uma regulação da contratação pública conforme ao paradigma europeu, é forçoso reconhecer, contudo, que lhe faltou um pouco mais de “psicanálise cultural”, já que manteve a dualidade esquizofrénica entre o contrato administrativo e os demais contratos da Administração, mesmo se agora ela perde a sua significação histórica, uma vez que se estabeleceu um regime comum a todos os contratos. Cabendo agora à doutrina e à jurisprudência tirar as devidas conclusões no sentido da unificação do regime jurídico de toda a contratação administrativa.

[voltar ao índice ▲](#) [início do texto ▲](#)

³⁸ Neste sentido, vide MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, «Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral», tomo III páginas 23 a 41.

HÁ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NO BRASIL? UMA ANÁLISE COMPARATIVA COM A JUSTIÇA ADMINISTRATIVA PORTUGUESA¹

Guilherme Fabiano Julien de Rezende

1. INTRODUÇÃO

1. A escolha do tema, no âmbito da disciplina “Direito Administrativo sem Fronteiras”, se deve, em parte, ao fato do reconhecimento de um mundo cada vez mais globalizado e a conseqüente aproximação dos sistemas jurídicos, o que é algo quase inevitável, isto conforme assinala CASSESE², invocando, de certa forma uma internacionalização do Direito Administrativo. Portanto, no campo do contencioso administrativo, área que tem sido objeto de grandes transformações no cenário internacional, apresenta-se consentânea a verificação de sua existência no Brasil, já que não tem sido objeto de uma análise mais acurada pela doutrina administrativa brasileira como seria adequado, mormente considerando o desenvolvimento ocorrido nas últimas décadas sobre a definição do que se caracteriza uma justiça administrativa, nomeadamente nos países europeus que têm, por tradição, órgãos jurisdicionais especializados nesta área como ocorre em França, Alemanha, Espanha e Portugal.

2. Reiteradamente se afirma que não há contencioso administrativo no Brasil. Aliás, esta é a concepção predominante na quase totalidade da doutrina. O

¹ Relatório apresentado no âmbito da disciplina Direito Administrativo sem Fronteiras, ano letivo 2007/2008, com regência dos Professores Doutores Vasco Pereira da Silva e Marcelo Rebelo de Sousa.

² CASSESE, Sabino. *La Glolización Jurídica*. Tradução de autores vários. Madrid: Intituto Nacional de Admin-istración Pública, Marcial Pons, 2006, p.183: “*En primer lugar, el Estado ya no es la única articulación del Derecho administrativo. Se ha producido una crisis de la territorialidad del Estado y, correspondientemente, europeización e internacionalización del Derecho administrativo*”.

fundamento principal é de que a jurisdição no caso brasileiro é una e, portanto, o poder de dizer o direito em caráter definitivo pertence ao judiciário. Esta é a visão de dois autores de Direito Administrativo dos mais festejados, Celso Antônio Bandeira de Mello³ e Maria Sylvia Zanella di Pietro⁴.

3. No mesmo sentido, outro autor de nomeada no Brasil, J. CRETELLA JÚNIOR, em artigo publicado na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo⁵, afirma categoricamente sobre a incompatibilidade entre a forma de organização do judiciário brasileiro e o contencioso administrativo, pois, segundo ele, “este não pode coexistir com a jurisdição una”.

4. Infere-se, dessa última assertiva, a nítida concepção tradicional sobre contencioso administrativo, focado, ainda, na idéia centrada do direito francês de justiça administrativa dentro de um conceito orgânico. Revela-se necessária, ainda que sucintamente, uma descrição da gênese e evolução do contencioso administrativo francês. Cabe salientar que na parte substancial, o Direito Administrativo brasileiro sofreu influência direta do Direito Administrativo francês, o que não ocorreu com o direito judicial.

5. No contexto de uma Administração que também julgava, o fato de maior relevância era a constatação de um vício de origem, se assim podemos denominar, no sentido do risco de parcialidade nos julgamentos dos feitos submetidos aos órgãos incumbidos de tal tarefa, principalmente em razão da ausência de garantia de seus agentes para o exercício do poder de dizer o direito. É evidente que, quanto

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p.812/813: “No Brasil, ao contrário do que ocorre em inúmeros países europeus, vigora o sistema de jurisdição única, de sorte que assiste exclusivamente ao Poder Judiciário decidir, com força de definitividade, toda e qualquer contenda sobre a adequada aplicação do Direito a um caso concreto, sejam quais forem os litigantes ou a índole da relação jurídica controvertida”.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17ª edição. São Paulo: Atlas, 2004, p.640: “O direito brasileiro adotou o sistema da **jurisdição una**, pelo qual o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, ou seja, do poder de apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos. Afastou, portanto, o sistema de dualidade de jurisdição em que, paralelamente ao Poder Judiciário, existem os órgãos do Contencioso Administrativo que exercem, como aquele, função jurisdicional sobre lides de que a Administração Pública seja parte interessada”.

⁵ JÚNIOR, J. Cretella. *O “Contencioso Administrativo” Inexistente*. Janeiro-Dezembro de 1984. in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Volume LXXIX, p.84.

mais próximo o órgão jurisdicional estiver da Administração executiva, maior seria a chance de ocorrência de vícios em virtude de sua influência .

6. Por outro lado, como referencial, dentro da visão do direito comparado, em países que adotam um modelo de justiça especializada em matéria administrativa, escolhemos, no continente europeu, Portugal, com o intuito de realizar um exame mais aprofundado sobre os critérios caracterizadores deste ramo do judiciário, incluído recentemente como categoria de tribunal, pois assim ficou definido no artigo 209º, item 1, alínea b da CRP. Com efeito, faz-se mister uma breve incursão sobre sua evolução história, que recebeu influência direta do sistema francês, não obstante algumas variações próprias no seu percurso até sua inclusão na ordem judicial.

7. Portanto, a visão sobre a existência do contencioso administrativo no Brasil não pode ficar restrita ao critério meramente orgânico, visto que a prevalecer esta posição seria praticamente negar os demais critérios que gravitam em torno do tema. Assim, devem ser considerados os aspectos da jurisdição material e os instrumentos processuais criados para o seu exercício, ligados diretamente à questão funcional. Impende salientar, também, que até na faceta orgânica, pode-se detectar um esboço de justiça administrativa no quadro legislativo brasileiro, em conjugação entre as normas constitucionais e regimentais dos tribunais de 2º grau e superior.

8. A investigação que ora se propõe visa, sobretudo, aquilatar pelo método comparativo, se há verdadeiramente uma jurisdição administrativa material no Brasil e, conseqüentemente, se tem em nosso sistema pelo menos um esboço de uma justiça administrativa na estrutura orgânica do Poder Judiciário, bem como se a justiça federal brasileira poderia ser enquadrada como uma especialização imperfeita deste ramo, visto que é comum, até entre os juristas, a confusão conceitual a seu respeito no sentido de considerá-la uma justiça “especializada” da União. Analisaremos, assim, os aspectos material e orgânico do contencioso administrativo da justiça federal, não abordando, conseqüentemente, as questões na esfera da justiça estadual brasileira.

9. Com isso, não adentraremos nos limites do procedimento administrativo, o que se considera do âmbito administrativo propriamente dito no Brasil⁶. Isso significa dizer que não faremos incursões comparativas em relação aos órgãos que estão fora da estrutura orgânica do judiciário, não obstante seja notória a existência de inúmeros deles ligados à Administração executiva brasileira que exercem o contencioso administrativo à moda tradicional francesa. Uns mais voltados ao sistema de Administrador-Juiz e outros, com maior independência, se aproximam mais do sistema de justiça delegada. Todavia, em qualquer caso, o que os afasta frontalmente do contencioso administrativo dos séculos XVIII e XIX francês é a impossibilidade absoluta de “dizer o direito” em caráter definitivo, tarefa esta de exclusiva atribuição do poder judiciário.

10. Ultrapassada a questão supra, cumprir-se-á verificar, mediante um confronto de alguns aspectos processuais, ou seja, verificando o contencioso administrativo sob o prisma funcional, as vantagens e eventuais desvantagens de uma especialização da justiça administrativa, ressaltando, desde já, que não se pretende efetuar uma análise exaustiva dos institutos portugueses e brasileiros, porquanto demandaria uma extensão que fugiria ao objetivo do presente trabalho científico.

11. Agregada a essa situação, de aferir ou não a existência de um contencioso administrativo no Brasil, revela-se importante a circunstância de se verificar as convergências e diferenças do sistema brasileiro em relação ao sistema português dentro de um propósito de averiguação das evoluções destes em que se podem extrair algumas conclusões relevantes acerca da necessidade de aperfeiçoamento desta área no direito brasileiro. Para tanto, faremos uma análise de alguns pontos relevantes sobre os meios processuais nos sistemas em comparação, que são comuns aos dois, notadamente sobre a aproximação do contencioso administrativo com o Código de Processo Civil dos dois países; a extensão do controle jurisdicional realizada sobre os atos administrativos discricionários da

⁶ Como no Brasil não se desenvolveu uma noção clara de processo administrativo judicial, sendo as questões envolvidas no âmbito do processo civil, quando se fala em processo administrativo brasileiro está se referindo à parte extrajudicial. Já em Portugal, o procedimento administrativo é que corresponde a esta noção do caso brasileiro, visto que ao mencionar o termo processo administrativo remete-se, conseqüentemente, à esfera judicial, em razão da existência de uma justiça administrativa especializada, inclusive com um Código de Processo Administrativo nos Tribunais (CPTA).

Administração Pública e, por fim, os meios de coerção colocados à disposição dos juízes e tribunais no exercício da jurisdição administrativa.

12. Portanto, torna-se necessária uma investigação pormenorizada sobre o tema, respeitando os limites estreitos de um relatório, a fim de aquilatar se, de fato, o contencioso administrativo, com a nova roupagem que lhe foi dado nestes últimos anos, está ou não presente também no Brasil e qual a sua importância no cenário jurídico. Isto porque a veste inicial do contencioso já não se encontra tal como confeccionada, ou seja, de um Administrador-Juiz, visto como diante da evolução e estruturação do Estado de Direito houve necessidade de uma transformação gradual em face das adaptações reclamadas.

13. Incumbe registrar, finalmente, que nas últimas décadas incutiu-se na consciência do jurista brasileiro a idéia da inexistência de um contencioso administrativo no Brasil. Isto se deve, entre outros fatores, à falta de um intercâmbio entre instituições que viesse a despertar o olhar destes sobre a mudança de foco ocorrida nesta área da jurisdição. Creio que a noção clássica do contencioso administrativo francês causou uma estagnação ou falta de interesse em investigar a evolução do instituto na doutrina e jurisprudência internacional, limitando-se, conforme dito, em afirmar apenas a inexistência de um contencioso administrativo nos moldes franceses.

2. BREVE HISTÓRICO DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NA TRADIÇÃO FRANCESA

14. Em face da influência francesa na construção do Direito Administrativo material brasileiro, torna-se relevante uma sucinta abordagem da parte histórica do contencioso administrativo francês, mormente em virtude de ter sido mediante a jurisprudência do Conselho de Estado que este novo ramo do direito foi ganhando autonomia.

15. A importância da pré-compreensão do instituto do contencioso administrativo sob a ótica francesa se faz presente na medida em que o sistema desenvolvido em

França irradiou para uma parte substancial da Europa. Todavia, não encontrou guarida no sistema judicial brasileiro, pelo menos após a proclamação da República, em que a influência da forma judicial de origem anglo-saxônica ecoou mais forte, principalmente na Constituição de 1891, a primeira após a fase imperial.

16. Com a Revolução Francesa de 1789, surge uma nova estrutura administrativa na França. O Parlamento sai fortalecido. A desconfiança em relação ao poder judiciário gera um erro histórico e estratégico, a que VASCO PEREIRA DA SILVA chama de “pecado original”, que foi excluir da apreciação do judiciário comum as questões litigiosas da Administração, dentro do lema de que “julgar a Administração ainda é administrar”.

17. Na visão de GARCÍA DE ENTERRÍA⁸, a justiça administrativa que resulta da Revolução Francesa, já mencionada, é uma instituição que não tem precedente na história do direito ocidental, sendo algo novo no contexto jurídico. Contudo, vê traços desta nas construções teóricas de ROSSEAU E LOCKE.

18. Dessarte, a teoria da separação de poderes de MONTESQUIEU é utilizada, neste caso, de uma forma equivocada. Os litígios resultantes da Administração ficaram, portanto, excluídos da possibilidade de análise pelo poder judicial francês. Ressalte-se que este teve um papel fundamental para a derrubada do absolutismo. Assim, diante do temor manifesto, a Lei 16 de 24 de agosto de 1790 dispôs que: “as funções judiciais são e permanecerão sempre separadas das funções administrativas. Os juízes não poderão, sob pena de prevaricação, perturbar de qualquer modo que seja as operações dos corpos administrativos, nem citar perante eles administradores em razão das suas funções”.

19. Com efeito, houve uma limitação clara ao exercício do poder judiciário comum, retirando-lhe, por completo, a possibilidade de se imiscuir na jurisdição dita

⁷ SILVA, Vasco Pereira da. *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise (Ensaio Sobre as Ações no Novo Processo Administrativo)*. Lisboa: Almedina, 2005, p. 22: “O Contencioso Administrativo do Estado Liberal enferma, assim, de “um pecado original”, de ligação da Administração à Justiça. A separação de poderes, tantas vezes repetida para esconder uma realidade outra, em que se mantinha a indistinção entre administrar e julgar, funcionava – para continuar a usar uma metáfora psicanalítica – como uma espécie de <<recordação de cobertura>>, encobridora de uma realidade recalcada, que não se ousava enfrentar”.

⁸ ENTERRÍA, Eduardo García de. *Las Transformaciones de la Justicia Administrativa*. Madrid: Thomson Civitas, 2007, p. 11 e seguintes.

administrativa. Por conseguinte, uma parte importante da competência de “dizer o direito” lhe foi retirada, visto que os litígios em que a Administração estava envolvida não lhes cabia julgar. A inferência lógica à situação fática no momento pós-revolucionário é o de uma Administração que cumula, de maneira definida, as funções de administrar e de julgar.

20. De acordo com o magistério de JEAN RIVERO⁹, o administrador ativo era quem resolvia os litígios no seio da Administração, o que se denominava de “sistema do Administrador-Juiz”. Nesta fase, a justiça administrativa ficava extremamente comprometida. Falar em imparcialidade em um tal sistema é assaz complicado, porquanto quem pratica o ato administrativo é o mesmo que, teoricamente, vai julgar qualquer eventual vício contido neste. consequentemente, os direitos dos particulares não gozavam de maior proteção.

21. O mencionado autor continua a descrever, em sua obra, sobre o motivo relevante que levou a essa tomada de posição por parte dos revolucionários franceses, os quais em realidade revelavam certo temor em relação ao judiciário que teve um papel marcante na oposição do Anciën Regime, o que poderia se repetir diante da nova Administração¹⁰. Portanto, seria mais “conveniente” afastá-los dos litígios próprios da Administração e deixa-los com as questões interprivados.

22. Ressai claro que o sentimento inicial para a criação de uma justiça realizada pela própria Administração não foi dos mais nobres. Teve um conteúdo fortemente político, justificado em uma teoria jurídica: a separação dos poderes. Esta primeira fase fica caracterizada pelo sistema do Administrador-Juiz, em que o exercício da justiça administrativa concentra-se no poder do soberano sem que fosse delegada a um órgão imparcial, como seria o caso do judiciário. O que se fez não foi

⁹ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução: Doutor Rogério Ehrhardt Soares. Paris: Almedina, 1981, p.159.

¹⁰ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo...* 1981, p.158: “os revolucionários temem que os corpos judiciários retomem, no que toca à nova Administração, a tradição de ingerência e de oposição dos parlamentos. É por isso que fazem derivar do princípio da separação dos poderes a proibição de o judicial se intrometer nos litígios em que a Administração está em causa”.

propriamente a separação de poderes. O que “verdadeiramente se realiza é a indiferenciação entre as funções de administrar e julgar¹¹”.

23. Cria-se, na seqüência, o Conselho de Estado Francês, pela constituição de 22 do Frimário, ano VIII, de 15 de Setembro de 1799, como tentativa de Napoleão de aperfeiçoamento do sistema em vigor¹². GARCÍA DE ENTERRÍA chega a citar este fato histórico como a obra maior de Napoleão como legislador¹³. De acordo com o Ancien Regime, a justiça administrativa do ano VIII é reservada ao Chefe de Estado.

24. O sistema de justiça reservada durou até a Lei de 24 de maio de 1872 que lhe pôs termo, passando o Conselho de Estado a exercer a justiça delegada, como qualquer tribunal, chegando, assim, ao fim a necessidade de homologação de suas decisões por parte do Chefe de Estado¹⁴. Faltava, ainda, afastar a figura dos ministros que funcionavam no sistema de justiça reservada como juízes de 1ª instância em matéria administrativa, sendo o Chefe de Estado a instância de apelação. Portanto, o afastamento definitivo dos ministros da jurisdição

¹¹ SILVA, Vasco Pereira da. *Para um Contencioso Administrativo dos Particulares. Esboço de uma teoria subjectivista do recurso directo de anulação*. Lisboa: Almedina, 1997, p.19.

¹² SILVA, Vasco Pereira da. *Para um Contencioso Administrativo ...* 1997, p. 20. “O sistema Administrador-Juiz vai ser aperfeiçoado sob a égide de Napoleão Bonaparte, com a criação do Conselho de Estado, pela Constituição de 22 do Frimário, ano VIII, de 15 de setembro de 1799, no seu artigo 52. Esse aperfeiçoamento do sistema passava pela distinção entre órgãos da Administração activa e consultiva, levando à criação do Conselho de Estado, a nível nacional, e dos Conselhos de Prefeitura, ao nível dos departamentos. A estes órgãos da Administração consultiva ficava agora atribuída a tarefa de julgar dos litígios entre os particulares e a Administração, embora apenas pudessem emitir pareceres, que ficavam sujeitos a homologação do Chefe de Estado. O objetivo de Napoleão, ao criar o Conselho de Estado, era o de criar um <<corpo meio-administrativo, meio-judiciário; quer dizer, um corpo em que se harmonizem o espírito da Administração e o sentido de Justiça>>(CHAPUS)”.

¹³ ENTERRÍA, Eduardo García de. *Las Transformaciones ...* 2007, p. 38/39: “La concreción de ese mecanismo en lo que enseguida se llamará el sistema contencioso-administrativo será ya la obra propia de Napoleón, más grande (y, sobre todo, com más huella histórica) como legislador que como jefe de guerra. La primera de sus Constituciones, la del año VIII (1799), cuando aún es sólo Primer Cónsul, crea en el art. 52 un Conseil d'Etat, Consejo de Estado, del que se precisa que <<es encargado de redactar los proyectos de Ley y los reglamentos de Administración pública y resolver las dificultades que surjan en materia administrativa>>. Es esta última función la que va a hacer del Consejo de Estado desde ese momento, y ya definitivamente hasta hoy mismo, la pieza esencial que configura para varios siglos el sistema francés de justicia administrativa, que está en el origen del sistema contencioso-administrativo, como comenzará a precisar ya Reglamento regulador del Consejo de 26 de noviembre de 1799”.

¹⁴ GOHIN, Olivier. *Contentieux Administratif*. 3ª Édition. Paris: Litec, 2002. p.28: segundo o autor, a evolução para sistema de justiça delegada leva ao abandono definitivo da teoria do ministro-juiz, o que operou definitivamente com o acórdão Cadot de 13 de dezembro de 1889, o qual consagrou ao mesmo tempo o Conselho de Estado como órgão jurisdicional de direito comum, prevalecendo esta situação até a reforma do contencioso administrativo realizada pelo decreto-lei de 30 de setembro de 1953.

administrativa ocorreu com o aresto no caso CADOT, em 13.01.1889, quando o Conselho de Estado arrogou-se como o juiz da jurisdição administrativa comum. Operou-se, por consequência, no dizer de PACTEAU, uma transformação interna do sistema com a segregação do próprio juiz da Administração¹⁵.

25. Diante da constatação do benefício de se ter um órgão jurisdicional independente da Administração para julgar os litígios decorrentes de sua atuação, sendo de maior garantia para os particulares, surge um movimento na Europa de judicialização dos tribunais administrativos por força, muitas vezes, de sua constitucionalização, deslocando-os para o âmbito do poder judicial. Isto ocorreu de fato em alguns países de forma mais prematura e em outros tardiamente. Como não poderia deixar de ser, até por uma questão de razão histórica, isto se deu tardiamente em França, mais especificamente com a decisão do Conselho Constitucional em 22 de julho de 1980, reconhecendo a natureza jurisdicional do Conselho de Estado, passando a considerá-lo organicamente na estrutura do poder judicial, afirmando sua independência, ao utilizar um critério negativo, partindo de uma interpretação segundo a qual “nem o legislador nem o governo podem intrometer-se nas suas funções¹⁶”.

26. Ressalta-se, ainda, que GOHIN¹⁷ faz menção à Lei de 06 de janeiro de 1986 que fixou as regras de garantia de independência aos membros dos tribunais administrativos, aplicando-se aos magistrados das Cortes Administrativas de Apelação.

27. Com efeito, de 1789 a 1799 vigorou o que se denomina sistema do Administrador-Juiz. Com a criação do Conselho Estado inaugura-se nova fase, a da justiça reservada, que durou de 1799 até 1872¹⁸. De 1872 até 1980 exerce-se a justiça delegada, em que a dualidade de jurisdição era bem presente, não obstante a atuação do Conselho de Estado com jurisdição plena em alguns pontos, sobretudo na responsabilidade da Administração perante aos particulares. A partir de 1980, mesmo em França, com as peculiaridades que se pode ter ainda, o

¹⁵ SILVA, Vasco Pereira da. *Para um Contencioso Administrativo ...* 1997, p. 29, ao citar Pacteau.

¹⁶ GOHIN, Olivier. *Contentieux ...* 2002, p. 32

¹⁷ GOHIN, Olivier. *Contentieux ...* 2002, p. 31.

¹⁸ SILVA, Vasco Pereira da. *O Contencioso Administrativo ...* 2005, p. 22/23.

monopólio da jurisdição pertence em efetivo ao poder judicial, após o deslocamento do Conselho de Estado para o âmbito judicial, conquanto mantivesse a forma dual em sua composição orgânica. Isto rompe com o dualismo tradicional de jurisdição, diante da inexistência de órgão diretamente ligado à Administração executiva com o poder de dizer o direito em definitivo.

3. A JUSTIÇA ADMINISTRATIVA EM PORTUGAL

3.1. Síntese da evolução histórica ¹⁹

28. Historicamente assentou-se a justiça administrativa em Portugal na idéia de separação entre as funções de administrar e a julgar por influência francesa, isto após a revolução de 1820. Instituiu-se a famigerada dualidade de jurisdição, baseado na concepção de que julgar a Administração ainda é administrar.

29. Com o sistema do Administrador-Juiz, que nasceu com a evolução do recurso hierárquico, surgiram órgãos colegiados com vocação específica para julgar as questões do contencioso administrativo.

30. MARIA DA GLÓRIA GARCIA desenvolveu um trabalho detalhado sobre a evolução da justiça administrativa em Portugal e acentua que, não obstante a experiência portuguesa fosse diferente da francesa, onde o poder judiciário teve um papel de grande importância no Ancien Regime, com interferências permanentes e causando um temor pós-revolução da perpetuação destas ingerências, o “jusnaturalismo de base racionalista” impulsiona a instauração de uma ordem administrativa nos moldes franceses²⁰.

¹⁹ CAUPERS, João. *Introdução ao Direito Administrativo*. 9ª edição. Lisboa: Âncora, 2007.

²⁰ GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *Do Conselho de Estado ao actual Supremo Tribunal Administrativo*. Lisboa: STA, 2005, p. 11/12: “Por outro lado, e apesar de Portugal não ter conhecido a experiência francesa das lutas dos monarcas com as autoridades judiciárias, ao longo do Antigo Regime, determinante da interpretação original, feita nesse país, do princípio da separação dos poderes, com completa autonomia do executivo perante o judicial, o jusnaturalismo de base racionalista encarregar-se-ia de justificar a necessidade de instaurar, também em Portugal, uma ordem administrativa na qual <<entre o Estado todo poderoso e o simples indivíduo>> nada se interpusesse, <<nem sequer a autoridade judiciária>>”.

31. A trajetória da justiça administrativa portuguesa, embora de influência francesa, teve suas nuances, apresentando feições próprias, inclusive chegando a discutir, prematuramente, a questão sobre a viabilidade de julgamento das questões do contencioso administrativo pelos tribunais comuns. Isto após a criação do Supremo Tribunal Administrativo em 9 de junho de 1870, quando da discussão para aprovação do novo Código Administrativo de 1878, atribuído a Rodrigues Sampaio²¹.

32. Observa-se que se a tese advogada por Luciano de Castro tivesse saído vencedora, poder-se-ia ter antecipado em quase um século, em termos do contencioso administrativo, a discussão sobre a plenitude de jurisdição, o que somente veio a ser consagrada com a segunda reforma do contencioso administrativo, após a CRP de 1976.

33. Na seqüência, passou-se à fase dos tribunais administrativos de tipo jurisdicional, isto quando se criaram órgãos especiais com o escopo de julgar as impugnações formuladas em face das decisões tomadas pela Administração Pública. Deu-se um passo importante para a futura judicialização.

34. A evolução do sistema não parou nesse ponto, antes mesmo da promulgação da nova Constituição de 1976 em Portugal, através do Decreto-lei 250/74, os tribunais administrativos foram deslocados do âmbito da Presidência do Conselho de Ministros para o Ministério da Justiça, dando-se mais um passo relevante rumo à judicialização.

35. Com a nova Constituição da República de Portugal, houve definitivamente a judicialização dos tribunais administrativos ao constar, na redação original do artigo 209.º, a previsibilidade destes como categorias de tribunais²³.

²¹ GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *Do Conselho de Estado...* 2005, p.58/59: "Anunciada em 1870, concretamente na determinação de 11 de junho de 1870, a lei processual do Supremo Tribunal Administrativo só seria aprovada e entraria em vigor dezasseis anos mais tarde – Regulamento de 25 de Novembro de 1886. Durante este tempo, o tribunal vive de acordo com a lei processual de 1850, constante do Regulamento do Conselho de Estado. Neste período, o Código Administrativo de Costa Cabral, em vigor desde 1842, é substituído, em 1878, pelo Código Administrativo de Rodrigues Sampaio. Na discussão que precedeu a aprovação do Código regista-se a divulgação da tese republicana, já presente em Portugal, segundo a qual o julgamento do contencioso administrativo deve ser atribuído aos tribunais comuns. Mas a discussão que, sobre o assunto, opôs Luciano de Castro a Rodrigues Sampaio parece ter sido a que maior eco obteve no novo Código".

²³ SILVA, Vasco Pereira da. *O Contencioso Administrativo no Divã* 2005, p. 172/173. que "o texto originário da Constituição de 1976 significou um verdadeiro "baptismo" do Contencioso

36. Em 1977, com o Decreto-lei 256-A, de 17 de junho, o processo de execução das sentenças dos tribunais administrativos foi jurisdicionalizado.

37. Como reflexo da previsibilidade constitucional, fez-se uma primeira reforma no contencioso administrativo, em 1984 e 1985 com as leis que instituíram o ETAF e a LEPTA, mas que não operou as transformações de fundo necessárias, eliminando apenas certas questões mais aparentes que se colocavam contrárias a um senso jurídico-administrativo equilibrado.

3.2 Fase judicial dos Tribunais Administrativos

38. Ocorre, todavia, que o contencioso administrativo evoluiu em toda a Europa e passou, em alguns casos, rapidamente para um contencioso de plena jurisdição. No entanto, o fenômeno que veio permitir uma mudança radical neste tema foi a judicialização do contencioso administrativo, conforme já ressaltado. A declaração formulada por LUIGI FERRAJOLI, em resposta à PABLO DE LORA, sobre a legitimidade dos juízes para a decisão de questões de constitucionalidade e não dos cidadãos, frisa que, sobre o prisma garantista da separação dos poderes, no Estado de Direito, as questões sobre interpretação de leis “está e sempre tem estado confiada a juízes independentes²⁴”. Isto demonstra com veemência a vantagem da judicialização.

39. Com efeito, houve um deslocamento orgânico das instituições destinadas a este tipo de controle, passando do âmbito administrativo para o judicial. Isto significa que os órgãos competentes para o julgamento das relações jurídicas administrativas deixaram de estar vinculados à Administração executiva e passaram a estar ligados ao Poder Judiciário ou aos tribunais como podemos dizer em termos de organização política portuguesa que declara estes órgãos como de soberania.

Administrativo, libertando-o do “pecado original” de ligação da Administração à Justiça, ao proceder à plena jurisdicionalização dos tribunais administrativos. Tal vai estar, aliás, associado ao reconhecimento de um direito fundamental de acesso à Justiça Administrativa, pelo que, insistindo na metáfora, se pode afirmar que, entre nós, o “baptismo” é simultâneo à confirmação. Pois o que é típico da <<actual “fase de confirmação” do Contencioso Administrativo [é que] as modernas constituições do Estado de Direito tenham reafirmado a natureza jurisdicional do Contencioso Administrativo e acentuado a sua função de protecção dos direitos dos particulares nas relações administrativas>>”.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo Uma discusión sobre derecho y democracia*. Tradución: Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2006, p. 96.

40. Em Portugal, esse fenômeno veio a se concretizar com a revisão constitucional de 1989 quando, efetivamente, a justiça administrativa, antes executada “pela própria Administração”, passa a ser realizada por um corpo próprio de juízes. Houve, assim, sua efetiva constitucionalização, conferindo um estatuto diverso do anterior, o que “exprime uma clara opção no sentido da valorização da justiça administrativa, que pela primeira vez integra expressamente o poder judicial, formalmente colocada em posição de paridade com a jurisdição dos tribunais judiciais. Confronte-se, nesse sentido, o teor dos artigos 210.º e 212.º da CRP e também o dos números 1 e 2 do artigo do artigo 217.º²⁵”.

41. É de se salientar que os dois modelos marcantes em relação ao contencioso administrativo estão diretamente ligados aos aspectos objetivista (Francês) e subjetivista (Alemão) em relação ao controle pelo judiciário da atividade administrativa. Nota-se que em determinados modelos ora se enfatiza mais o aspecto objetivo, traduzido na concentração do controle pelo judiciário da legalidade ou juridicidade dos atos praticados pela Administração, ora ressalta-se mais o lado subjetivo, em que os direitos legalmente protegidos dos particulares são mais valorados e, portanto, têm uma posição privilegiada, máxime quando está em jogo questões ligadas aos direitos subjetivos e aos direitos fundamentais²⁶.

42. Cumpre destacar, conforme ressalta VASCO PEREIRA DA SILVA, a concepção clássica de FRITZ WENER²⁷ de que o Contencioso Administrativo é o “Direito

²⁵ AMARAL, Diogo Freitas do / ALMEIDA, Mário Aroso de. *Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo*. 3ª edição. Lisboa: Almedina, 2007, p.27.

²⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Justiça Administrativa (Lições)*. 9ª edição. Coimbra: Almedina, 2007, p.68. O autor analisa a necessidade de se verificar as posições jurídicas subjetivas dos indivíduos, fazendo, conseqüentemente, uma abordagem sucinta sobre o conceito de direito subjetivo e interesse legalmente protegido. Desdobra o conceito de Direito Subjetivo, na p.70, em “transitivos diretos ou de natureza obrigacional”, destacando que se aplica, sobretudo, no contexto de “uma administração social”, conectado aos direitos sociais, e “direitos intransitivos ou absolutos”, quando é imposto à Administração um dever geral de “abstenção e de respeito” principalmente “as liberdades e determinados direitos fundamentais (pessoais e políticos) dos cidadãos.” Na categoria dos interesses legalmente protegidos, na p.72, inclui “os interesses decorrentes da juridificação do poder discricionário”, ressaltando o dever da Administração de atuar segundo os princípios constitucionais a que está submetida; os “interesses semi-diferenciados”, como exemplo dos direitos coletivos e, por fim, os “interesses difusos”.

²⁷ SILVA, Vasco Pereira da. *O Contencioso Administrativo como “Direito Constitucional Concretizado” ou “Ainda por Concretizar”?* Lisboa: Almedina, 1999, p.6/7: “Existe, em primeiro lugar, uma reação de “dependência constitucional” do Contencioso Administrativo, ao ponto de se poder afirmar, de acordo com a já clássica formulação de FRITZ WENER, que ele é <<Direito Constitucional concretizado>>. E isto porque as opções da lei fundamental se espalham no modo como a

Constitucional concretizado²⁸". E isto não deixa de ser verdade, sob certo prisma, visto que a densificação de certos conceitos só ocorrem efetivamente no campo legislativo aplicável ao Contencioso Administrativo e, secundariamente, quando do juízo de ponderação realizado pelo julgador. Nestes momentos tornam-se suscetíveis de verificar com maior nitidez determinados conceitos abertos inseridos na Lei Maior, máxime em se tratando de direitos fundamentais.

43. O contencioso administrativo português, com a inovação constitucional, passa a se desenvolver dentro da teoria subjetivista, crescendo em importância a efetividade da tutela dos direitos dos particulares em face da Administração, contrariamente ao que se praticava no passado, ou seja, uma prevalência do objetivismo oriundo do contencioso de mera anulação da tradição francesa²⁹.

44. Todavia, buscou-se um equilíbrio entre a subjetividade do processo administrativo e a sua objetividade dentro dos melhores aspectos que podem oferecer para cumprir o escopo inserido no texto da constituição que é o princípio da tutela efetiva no contencioso administrativo, conforme registrado no artigo 20, item 5 da CRP³⁰, razão pela qual o Ministério Público tem participação em várias

Administração Pública deve estar organizada, deve funcionar, deve actuar e como deve ser controlada jurisdicionalmente. Assim o Direito do Contencioso Administrativo é (ou deve ser) Direito Constitucional concretizado, pois corresponde à tentativa de realização das opções constitucionais ao nível da justiça administrativa. O que contraria aquela outra ideia de que <<o Direito Constitucional passa e o Direito Administrativo fica>>(OTTO MAYER), a qual – se é certo que pode ser interpretada, em sentido sociológico, como sintomática da inércia (e conseqüente lentidão) das instituições administrativas perante as (mais rápidas) transformações constitucionais – não pode, de modo algum, num Estado de Direito, significar em termos jurídicos a impermeabilidade do Direito Administrativo em face dos valores e das normas constitucionais"

²⁸ MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Tradução: Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p.23: "Ocasionalmente, o direito administrativo até é qualificado de "direito constitucional concretizado" (assim a fórmula muito citada de F.Werner, presidente do Tribunal Administrativo Federal, DVBl. 1959, 527)".

²⁹ ALMEIDA, Mário Aroso. *O objecto do processo no novo contencioso administrativo*. CJA n. 936, Novembro/Dezembro 2002, p.3:: "O novo Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), cuja entrada em vigor está em vias de ser apazada pela Assembléia da República para a nova data de 1 de Janeiro de 2004, abandona o modelo tradicional do contencioso francês, de tipificação, em regime de *numerus clausus*, das pretensões que podem ser deduzidas perante os tribunais administrativos, substituindo-o pelo modelo de plenitude de jurisdição e da tutela jurisdicional que o Código consagra nos arts. 2.º e 3.º e em que essa tipificação deixa de existir".

³⁰ AMARAL, Diogo Freitas do/ALMEIDA, Mário Aroso de. *Grandes Linhas ...* 2007, p.21: "De todos estes elementos resulta que o novo contencioso administrativo procura o necessário equilíbrio entre dimensão subjectiva e dimensão objectiva, na certeza de que o aperfeiçoamento do sistema no sentido de proporcionar aos cidadãos a mais efectiva tutela dos seus direitos e interesses em nada contende com o aproveitamento, em paralelo, das " vantagens efectivas associadas aos aspectos objectivistas tradicionais", que lhe permitem funcionar (também) como um instrumento de protecção de relevantes interesses públicos. Pelo contrário, do que se trata é de assegurar que o

questões, inclusive com legitimidade ativa para propositura de ações, à luz do artigo 9.º, n. 2 do CPTA.

3.3. A competência da justiça administrativa portuguesa segundo a Constituição de 1976

45. A análise do critério eleito pelo constituinte de 1976, na definição da competência da jurisdição materialmente administrativa, revela-se fundamental porquanto servirá de base teórica para a verificação posterior da existência ou não de uma competência no Brasil conectada à jurisdição materialmente administrativa.

46. A CRP, no artigo 212º, item 3, define um critério material de delimitação da competência dos Tribunais Administrativos e Fiscais ao estatuir a competência destes para o julgamento das ações e recursos contenciosos que tenham por objeto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais.

47. Faz-se necessário distinguir dois aspectos. O primeiro, diz respeito ao critério dominante para a atribuição de competência da justiça administrativa. O segundo, sobre a qualidade do exercício desta jurisdição administrativa. Isto porquanto no primeiro caso, predominou a objetividade para a delimitação de competência, dando-se ênfase às relações jurídicas administrativas, não importando, em um primeiro momento, a questão de se tratar ou não de pessoa coletiva com personalidade jurídica pública ou privada envolvida no litígio. No segundo, houve uma mudança radical no âmbito do processo administrativo ao se tornar um real processo de partes, cedendo lugar ao subjetivismo³¹.

48. Consequentemente, quanto à competência pode-se dizer que houve privilégio da atividade material, sendo eleito, portanto, um critério de ordem objetiva. Em relação às partes no processo, consagrou-se o aspecto subjetivo, com a

contencioso administrativo proporcione a mais efectiva tutela a quem quer que se lhe dirija – admitindo, entretanto, que não sejam só os indivíduos a poderem dirigir-se à jurisdição administrativa, em defesa dos seus direitos e interesses particulares, mas que também se lhe possam dirigir o Ministério Público, as entidades públicas, as associações cívicas e os próprios cidadãos, uti cives, em defesa de interesses públicos, colectivos e difusos”, p.21.

³¹ Sobre esta teoria subjetiva no contencioso administrativo, vide SILVA, Vasco Pereira da. *Dissertação de Mestrado. Para um Contencioso Administrativo dos Particulares...* 1997.

transformação em um processo de sujeitos, ou seja, efetivamente de partes, transpondo a concepção tradicional de um contencioso basicamente objetivo de mera anulação, em que somente se analisava a legalidade e juridicidade dos atos praticados pela Administração, para um contencioso de plena jurisdição³².

49. Infere-se, de plano, que não foi adotado um critério subjetivo para a definição da competência dos aludidos tribunais. Repita-se, não é pela qualidade da pessoa coletiva que se atribui competência na situação em foco, mas tem-se em mira as “relações jurídicas administrativas e fiscais”.

50. Cremos que diante do critério material adotado pela revisão constitucional no ordenamento português, hão de ser suscitadas duas questões de relevância: a) um problema inicial no que se refere à exclusão da ordem da justiça administrativa de lide que tenha por objeto a relação jurídica administrativa; b) o novo formato da dualidade de jurisdição.

51. Quanto à primeira questão, indaga-se: seria constitucional uma lei ou dispositivo de lei que atribua à ordem judicial comum competência para julgar litígios da relação jurídica administrativa? Conforme enfatizado, foi atribuída à justiça administrativa a competência para julgar os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais, sendo praticamente repetido este dispositivo no artigo 1.º, n. 1 do ETAF. Ressalte-se que não houve cláusula de exceção no texto constitucional. Consequentemente, ao contrário de algumas opiniões, entendemos que a fixação desta competência pelo legislador não foi de cariz relativo e sim absoluto. Vale dizer, toda ação judicial com fulcro na relação jurídica administrativa deve ser atribuída à ordem da jurisdição administrativa. Pensamento em contrário conduziria a uma conclusão sujeita a burlar o preceito constitucional, em nome de uma série de questões que fogem, muitas vezes, aos aspectos jurídicos propriamente ditos e atendem mais a aspectos de conveniência política.

52. É bem verdade que na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 93/VIII, com apresentação pela Assembléia da República, que originou o atual ETAF constou disposição no sentido de que a Constituição não instituiu uma reserva

³² Vide SILVA, Vasco Pereira da. *Todo o contencioso administrativo se tornou de plena jurisdição*. Caderno de Justiça Administrativa nº 34, julho/agosto 2002, p.24 a 32.

absoluta no que se refere à competência material da justiça administrativa, o que não viria a impedir a atribuição de julgamento de litígios da relação jurídica administrativa a outra ordem judicial.

53. VIEIRA DE ANDRADE sustenta essa posição alegando que o texto constitucional adotou um sistema de “cláusula geral” em relação à competência da justiça administrativa, não criando uma reserva absoluta de jurisdição, o que daria ensejo à tese de atribuição à ordem da justiça comum de julgamento de litígios que seriam naturalmente da esfera dos tribunais administrativos³³.

54. Temos uma visão diferente sobre o tema. Cremos que a solução passa, necessariamente, pela máxima de que “onde o legislador não distinguiu não cabe ao intérprete distinguir”. Ora, se fosse a intenção do legislador constituinte fixar uma cláusula geral teria consignado no texto da constituição preceito que corresponderia a tal expectativa.

55. Os argumentos que aparecem na doutrina sobre a falta de estrutura da justiça administrativa para a recepção das ações nas quais é competente não se afiguram jurídico o bastante para sustentar uma posição relativista, visto que tem um apelo mais de cunho político do que jurídico. Contudo, sob este prisma é que vem prevalecendo tanto na doutrina quanto na jurisprudência portuguesa o caráter da competência material da justiça administrativa³⁴.

³³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Justiça Administrativa (Lições)*. 9ª edição. Coimbra: Almedina, 2007, p.103: “é normal que se formule um preceito que contenha a definição da área própria da “nova” ordem judicial administrativa e fiscal no contexto da organização dos tribunais, adoptando o sistema da “cláusula geral”, sem com isso pretender necessariamente estabelecer uma reserva material absoluta”.

³⁴ OLIVEIRA, Mário Esteves de/OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. *Código de Processo nos Tribunais Administrativos. vol I. Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais Anotados*. Lisboa: Almedina, 2006, p. 22: “Embora sabendo que, com algumas exceções, a jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Supremo Tribunal Administrativo se tem orientado nesse mesmo sentido, e que boa parte dos nossos mais experientes juspublicistas também seguem essa via, o certo é que ainda pairam dúvidas sobre o verdadeiro alcance da cláusula constitucional da jurisdição dos tribunais administrativos. Assim, votando pelo carácter relativo, aberto ou geral dessa cláusula, pode ver-se, entre outros, os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 965/96 e n.º 284/2003 e o Acórdão do STA de 31.10.2002 (proc. 1329/02) posição que é acompanhada na doutrina, com fundamentos e matizes vários, por AA. do talhe (sem qualquer preocupação de ordem) de Freitas do Amaral, Rui Medeiros, Alves Correia, Sérvulo Correia, Jorge Miranda, Aroso de Almeida, Maria da Glória Dias Garcia e Vieira de Andrade”. “Votando pelo carácter absoluto ou fechado da cláusula, além de Rui Machete, também Gomes Canotilho e Vital Moreira, que, embora criticando a solução só consideram constitucionalmente admissíveis os desvios que estejam estabelecidos na própria Constituição”.

56. Assim, no que tange à delimitação negativa da jurisdição administrativa, alguns itens constantes do artigo 4º do ETAF não se coadunam com o preceptivo constitucional a esse respeito. Não se justifica a exclusão da fiscalização dos atos materialmente administrativos praticados pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça. Esta norma infraconstitucional padece de inconstitucionalidade material à luz do disposto no item 3 do artigo 212.º da CRP. Igualmente, está inquinada de vício, em relação à constitucionalidade, a norma que subtrai da apreciação dos tribunais administrativos a fiscalização dos atos materialmente administrativos praticados pelo Conselho Superior da Magistratura e pelo seu Presidente, isto pelos mesmos motivos.

57. No que se refere ao novo formato da dualidade de jurisdição da justiça administrativa cabe um esclarecimento relevante. O conceito puro de dualidade de jurisdição reporta ao histórico da jurisdição administrativa nos moldes franceses, em que órgãos vinculados a poderes distintos ou a estruturas distintas no seio do Estado detinham a prerrogativa de dizer o direito com força de coisa julgada.

58. Não podemos confundir especialidade de jurisdição ou pluralidade de órgãos jurisdicionais com dualidade de jurisdição. J.J. GOMES CANOTILHO³⁵, assevera que o poder judicial é “separado” dos outros, não podendo se atribuir funções ditas jurisdicionais a outros órgãos da Administração Pública, conforme se extrai do texto constitucional. Assim é que a CRP declara no artigo 202º, item 1, “que os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar justiça em nome do povo”.

59. Como corolário a esse dispositivo, com a novel Constituição de 1976 rompe-se com o dualismo tradicional da lógica francesa em relação ao ordenamento jurídico-constitucional português, permanecendo um dualismo de jurisdição no sentido de existir no âmbito do poder judicial, além da comum, uma outra ordem jurisdicional administrativa organizada até ao Supremo Tribunal Administrativo, porquanto o monopólio jurisdicional pertence aos tribunais como órgãos de soberania

³⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003, p.657: “Os tribunais são órgãos constitucionais aos quais é especialmente confiada a unção jurisdicional exercida por juízes. Organizatória e funcionalmente, o poder judicial é, portanto, “separado” dos outros poderes: só pode ser exercido por tribunais, não podendo ser atribuídas funções jurisdicionais a outros órgãos (cfr. O Título V da CRP)”.

estatal. Agora, bem definida esta premissa, vencida esta barreira conceitual, pode-se asseverar que no exercício da jurisdição pelo poder judicial pode se dar em unidade ou em pluralidade orgânica³⁶.

60. Ao considerar e incluir os tribunais administrativos como categoria de tribunal, consoante o fez o legislador na alínea b do item 1 do artigo 209º da CRP, em conjunto com os demais tribunais, esboçou-se, organicamente, para fins de organização do poder político, de acordo com a Parte III da CRP, um poder jurisdicional único. A especialização de alguns ramos do poder judicial só por si não tem o condão de quebrar a unidade. Aliás, creio que seja um caminho sem volta no avanço do Estado de Direito, máxime na consolidação da jurisdição administrativa independente e imparcial ao fazer parte deste poder, a par dos aspectos históricos que marcam a questão fortemente.

61. Com efeito, o artigo 209º da CRP guarda semelhança com o artigo 92 da CRB³⁷ no sentido de serem órgãos do Poder Judicial Português: 1. Tribunal Constitucional; 2. Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais judiciais de primeira e de segunda instância; 3. Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais; 4. Tribunal de Contas.

62. A reforçar esse entendimento, constata-se que o artigo 211º da CRP, ao definir a competência dos “tribunais judiciais”, atribuindo-lhes a denominação de tribunais comuns, o que poderia ser encarado como uma justiça comum, o fez pelo critério residual, ou seja, tudo o que não estiver atribuído a outras ordens judiciais será de sua competência. Veja-se que a CRP consigna o termo “outras ordens judiciais”, ou seja, a outros tribunais judiciais de competência especializada.

63. Cumpre destacar que dos artigos 202º ao 208º, a CRP estabelece princípios gerais que se aplicam em todos os tribunais, isto sob a epígrafe “Tribunais”. Ora, os

³⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional ...* 2003, p.662: “O poder jurisdicional pode estruturar-se com base em dois princípios opostos: o princípio da unidade de jurisdição e o princípio da pluralidade. Existe princípio da unidade quando se verifica uma concentração da função de julgar numa única organização judiciária. Consagra-se o princípio da pluralidade de jurisdições quando as funções judiciais são atribuídas a vários órgãos enquadrados em jurisdições diferenciadas e independentes entre si”.

³⁷ Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I-A o Conselho Nacional de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); II - o Superior Tribunal de Justiça; III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios”.

tribunais administrativos não estão excluídos destes princípios e nem foram tratados em título à parte na Lei Fundamental.

64. Em consequência dessa previsão constitucional, é possível inferir que os tribunais administrativos e fiscais em Portugal pertencem ao Poder Judiciário, visto que a alínea a do item 1 do artigo 215º não tem o condão de deslocá-los para outra organização dentro da Administração Pública portuguesa³⁸.

65. Vale ressaltar a posição exposta por JORGE MIRANDA que, ao debruçar sobre a matéria, reconhece a presença do princípio da unidade dos tribunais no sistema português, isto quando analisa a reforma do contencioso administrativo³⁹.

4. A JURISDIÇÃO MATERIALMENTE ADMINISTRATIVA NO BRASIL: PECULIARIDADES DA JUSTIÇA DA UNIÃO

4.1 Síntese Evolução Histórica da Justiça Federal: breve abordagem da competência *rationae personae*

66. Com relação a uma síntese histórica da justiça federal perante as Constituições republicanas brasileiras, DILVANIR JOSÉ DA COSTA⁴⁰ discorre sobre o tema com

³⁸ Essa é a opinião de GARCIA, Maria da Glória. *Do Conselho de Estado...*, 2005, p.115: “É assim que os tribunais administrativos são, logo na versão originária da Constituição, consagrados como órgão de soberania, integrados no poder judicial (artigo 212.º, n.º 3)”.

³⁹ MIRANDA, Jorge. *Os parâmetros constitucionais da reforma do contencioso administrativo*. CJA nº 24,- novembro/dezembro 2000, p.7: “lembrarei também que a Constituição afirma, sem ambigüidades, o princípio da unidade de todos os tribunais como “órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo” (hoje art.202.º), mas que não chega a extrair dele os corolários, por continuar a conceder pleno relevo aos tribunais judiciais”.

⁴⁰ COSTA, Dilvanir José da. *O Contencioso Administrativo no Brasil (Uma proposta de reforma do Poder Judiciário)*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – vol 30 – nºs 28/29, 1985/1986, p.290: “a propósito e como nossa homenagem ao Colendo Tribunal Federal de Recursos, a Justiça Federal constitui a primeira jurisdição judicial especializada em nosso país, no âmbito do Direito Administrativo, com competência para julgar os conflitos entre a Administração federal e os seus administrados. Como tal, surgiu na Constituição Republicana de 1891 (arts. 55 e 60), com juízes e tribunais federais. A Constituição de 1934 manteve-a, com juízes e tribunais federais e a mesma competência (arts. 63 e 81). A Constituição de 1937 suprimiu os juízes e tribunais federais (art.90). As causas envolvendo a União e seus administrados passaram à competência dos juízes estaduais das Capitais (art.108), com recurso direto para o Supremo Tribunal Federal (art.109). A Constituição de 1946 restaurou apenas o TRF (art.103), para julgar recursos das decisões dos juízes estaduais nas causas da Fazenda Federal. A Constituição de 1967 restabeleceu os Tribunais Federais de Recursos e os juízes federais (art.107, II) como justiça especializada ou administrativa federal, tal como se mantém no texto da Emenda Constitucional

bastante clareza e síntese. Demonstra que ao longo de quase um século, a justiça federal que surgiu com vitalidade na primeira Constituição da República, a de 1891, passou por várias fases, inclusive foi suprimida em sua primeira instância com a Constituição de 1937, sendo restaurada efetivamente apenas em 1967.

67. A justiça federal surge no cenário brasileiro concomitantemente com a edição da primeira Constituição da República, justificada como essencial à consolidação da República e, até mesmo, antes da promulgação a sua organização se deu mediante o Decreto n. 848, de 11/10/1890⁴¹. Em um primeiro momento não havia

nº1/69 (Tribunal Federal de Recursos e Juízes Federais – art.112, III)”.
⁴¹ Conforme pode se consultar no site www.jf.jus.br: “A Justiça Federal brasileira nasceu junto com a República, com a qual foi instituído o regime federativo. Uma vez implantada a Federação, abriram-se as portas para a definição de um sistema dual de Justiça, no qual passaram a coexistir, independente e harmonicamente, órgãos judiciários federais e estaduais (VELLOSO, 1995. p. 7). Um documento histórico representativo da fundação de nossa primeira República é a Exposição de Motivos preparada pelo Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça do Governo Provisório, Campos Salles, fundamentadora da edição do Decreto n. 848, de 11/10/1890, que organizou a Justiça Federal. Assim Campos Salles definiu o novo sistema judicial: *O organismo judiciário no systema federativo, systema que repousa essencialmente sobre a existencia de duas soberanias na triplice esphera do poder público, exige para o seu regular funcionamento uma demarcação clara e positiva, traçando os limites entre a jurisdição federal e a dos Estados, de tal sorte que o domínio legitimo de cada uma destas soberanias seja rigorosamente mantido e reciprocamente respeitado* (SALLES in: BRASIL, 1993. p. 14). A primeira instância da Justiça Federal se organizava pelos juízes de secção, juízes substitutos e juízes ad hoc (que atuavam somente na impossibilidade dos juízes substitutos), de livre nomeação pelo Presidente da República. A 2ª instância era representada pelo Supremo Tribunal Federal, composto de 15 juízes, de livre nomeação pelo Presidente da República, após a aprovação do Senado. Este também atuava como órgão de competência originária e de única instância — onde se destacava o controle de constitucionalidade, verificado apenas de modo difuso. Cada estado tinha uma “secção judicial” da Justiça Federal, com sede na capital, composta de um juiz de secção e um substituto, nomeado por um período de 6 anos, sem limite de idade (OLIVEIRA, 1996. p. 9). Aos juízes de secção competia processar e julgar: causas fundadas na Constituição Federal ou em **atos administrativos do Governo Federal**; litígios entre um Estado e habitantes de outros Estados ou do Distrito Federal; litígios entre habitantes de Estados diferentes ou do Distrito Federal quando houvesse diversidade nas respectivas legislações; ações que interessarem ao fisco nacional; pleitos entre nações estrangeiras e cidadãos brasileiros ou domiciliados no Brasil; ações movidas por estrangeiros fundadas em tratados internacionais; questões de Direito Marítimo e de navegação em águas da União; e crime políticos (art. 15 do Decreto n. 848/1890). Em 20/11/1894, a Lei n. 221 complementou a organização da Justiça Federal. Essa Lei definiu os critérios para a apuração de antiguidade dos juízes seccionais, reduziu o prazo de prática forense para ingresso na magistratura — de quatro para dois anos — e ampliou a competência do Supremo Tribunal Federal, dos juízes seccionais e do Júri Federal. O Decreto n. 3.084, de 05/11/1898, regulamentou a Lei n. 221/1894 e aprovou a Consolidação das Leis referentes à Justiça Federal, que passou a ser chamada de “Justiça Federal da União”, composta pela Supremo Tribunal Federal, pelos juízes seccionais, juízes substitutos e suplentes, além dos tribunais do Júri Federal. Na vigência do regime militar instaurado em 1964, o Ato Institucional n. 2, de 27/10/65, criou a Justiça Federal de 1ª instância. Os juízes federais eram nomeados pelo Presidente da República a partir de lista quántupla elaborada pelo Supremo Tribunal Federal. Em 30/05/66, a Lei n. 5.010 criou o Conselho da Justiça Federal, composto pelo Presidente, Vice-Presidente e três ministros do Tribunal Federal de Recursos, com competência para tratar de questões disciplinares dos juízes e funcionários e de outros assuntos

uma jurisdição intermediária na justiça federal como há hoje. Somente existiam os juízes de seção com competência inclusive para julgar os atos administrativos do governo federal, ou seja, exerciam o controle dos atos administrativos da Administração Federal, sendo a segunda instância representada pelo Supremo Tribunal Federal da época. A Lei 221 de 20/11/1894 complementa a organização da justiça federal, sendo regulamentada pelo Decreto n. 3.084 de 1898, alterando a sua denominação para “Justiça Federal da União”. Posteriormente à supressão das instâncias da justiça federal pela Constituição de 1937, a Constituição de 1946 erige o Tribunal Federal de Recursos, restaurando a segunda instância. Mais tarde, com a edição do Ato Institucional n.2, de 1965, em pleno regime militar, deu-se origem à Lei 5.010/66, que criou o Conselho da Justiça Federal, encontrando-se em vigor. Consequentemente, a justiça federal foi prevista de forma completa na Constituição de 1967.

68. Atualmente, com a CRB de 1988, a estrutura da justiça federal brasileira conta com os juízes federais em 1º grau de jurisdição, funcionando em sistema de juízes monocráticos ou singulares, lotados em varas federais, organizadas em secretarias (por servidores da justiça, os quais são recrutados em processo de concurso público federal, já que o concurso interno está vedado desde a edição da novel Carta), bem como com uma assessoria direta que presta apoio ao juiz federal, em função de confiança, mas do quadro do pessoal. O único servidor que pode ser recrutado diretamente pelo magistrado sem que necessariamente seja do quadro da instituição é o diretor de secretaria, que exerce uma função de estrita confiança do juiz, sendo de livre nomeação e exoneração. Ressalta-se, também, que em cada vara federal há dois cargos de juiz, um de titular e outro de substituto. Este último atuando em função de auxílio permanente.

69. De plano, salienta-se que o sistema brasileiro, no que toca ao Direito Administrativo, apresenta-se como um misto entre o sistema da administração judiciária e a executiva. Isto porquanto, por um lado, confere aos tribunais comuns o controle da atuação da Administração Pública e ao mesmo tempo está fundado

administrativos da Justiça Federal de 1ª instância. A Justiça Federal de 1ª instância passou a se dividir em 5 regiões e em cada Estado, Território e no Distrito Federal seria instalada uma seção judiciária. A Constituição Federal de 1967 manteve a mesma estrutura anterior para o Judiciário (com a diferença de que a este foi atribuído o nome "Poder Judiciário da União)". (grifamos)

em uma série de conceitos da tradição francesa, conferindo a ela, principalmente no âmbito da jurisdição materialmente administrativa, uma série de privilégios processuais.

70. De fato, não se contemplou uma ordem jurisdicional especializada nos feitos administrativos, tal como se fez com as matérias trabalhista, eleitoral e militar. A propósito, Sérvulo Correia⁴² “registra que a opção de um sistema judicial no Brasil que consagrasse no texto constitucional uma jurisdição administrativa com juízes e tribunais ou seções de tribunais superiores não seria incompatível com a noção de jurisdição una”. Aliás, assim foi realizado conforme já destacado em relação a outras ordens jurisdicionais sem que se rompesse com a unidade. Neste sentido, concordamos com esta posição, visto que o critério predominante na Lei Fundamental foi o orgânico. Vale dizer, se órgão estiver previsto no art.92 da CRB pertence ao judiciário, ainda que não exerça função judicial propriamente dita como é o caso do Conselho Nacional de Justiça, criado com a Emenda Constitucional 45/2004.

71. SÉRVULO CORREIA⁴³ apresenta duas barreiras de ordem subjetiva para o reconhecimento de jurisdição administrativa sob o prisma orgânico no Brasil. Primeiro enfatiza a forma como se realizou a repartição de competência na CRB entre os Tribunais Superiores (STF e STJ), os tribunais federais (TRF's) e juízes federais. Segundo, demonstra que somente poder-se-ia falar em justiça administrativa organicamente se houvesse especialização tanto no primeiro e segundo grau de jurisdição quanto nos tribunais superiores mediante turmas ou seções especializadas. Conclui, portanto, que não existe uma tal organização no âmbito do judiciário brasileiro.

⁴² CORREIA, Sérvulo. *Direito do Contencioso Administrativo I*. Lisboa: Lex. 2005, p.303.

⁴³ CORREIA, Sérvulo. *Direito do Contencioso...* 2005, p.224/225: “pelo menos a nível da justiça federal, a própria Constituição inviabiliza, porém, uma tal solução organizatória pelo modo como reparte competências para cognição dos remédios constitucionais entre o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, os tribunais federais e os juízes federais, havendo um juízo privativo – ou seja, diferente do comum, que é o estadual – da Administração Pública federal, não se pode ainda assim concluir que, ao carácter materialmente administrativo da jurisdição exercida, corresponda uma jurisdição administrativa em sentido orgânico. Isso só sucede se houvesse juízes e varas, ou, nos tribunais superiores, câmaras especializadas em função da matéria ou de tipos de remédios constitucionais contra a Administração, **o que não sucede.**”(grifamos)

72. De acordo com o que foi destacado anteriormente, não houve uma previsão expressa de uma justiça administrativa no ordenamento constitucional brasileiro. No entanto, é possível afirmar que do primeiro grau (nomenclatura utilizada modernamente no Brasil) até ao grau superior de jurisdição pode-se fazer um recorte de competência e se extrair com bastante clareza o desenho de uma jurisdição administrativa produtiva e assaz atuante, o que permite esclarecer um pouco melhor a questão levantada pelo eminente doutrinador. Isto em virtude da organização interna dos tribunais no âmbito federal segundo especialização de matérias, como será mais bem examinado a seguir.

73. Ressalta-se, como questão preliminar à compreensão do tema, que mediante a edição da CRB de 1988, o papel do STF ficou bastante localizado na jurisdição constitucional, sendo o guardião da constituição, conforme o art. 102, remanescendo, ainda, outras questões por uma razão de controle da atividade política de outros poderes e, também, porque não dizer, por uma falta de ousadia do constituinte em reconhecer formalmente o STF como Corte Constitucional no Brasil. Pelo menos é o que se pode depreender da interpretação dos textos constitucionais, porquanto quase toda à parte que lhe era dedicada anteriormente transferiu-se para o STJ, que tem como papel principal uniformizar a aplicação do direito federal⁴⁴.

74. Ademais, ao proceder à conjugação do texto constitucional com os regimentos internos dos tribunais de segundo grau e superiores, é possível delinear essa justiça administrativa nos moldes como traçado hoje no ordenamento jurídico de alguns países europeus, designadamente em Portugal. Claro que com algumas peculiaridades e nuances que a torna distinta quanto a sua estrutura, mas na essência, como veremos, se aproxima bastante do sistema continental.

75. Pois bem, em primeiro grau, o art.109 da CRB define a competência dos juízes federais e consagra, de plano, uma competência em razão da pessoa, de natureza absoluta, utilizando-se o critério subjetivo para delimitá-la ao instituir o foro

⁴⁴ Essa é a ilação que se pode extrair do artigo 105, inciso III, alínea c da CRB: III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. Deste dispositivo infere-se que em grau de recurso o STJ é o responsável pela uniformização da interpretação a ser dada à lei federal.

privativo na justiça federal para a União, as Autarquias Federais (estas duas, pessoas jurídicas de direito público) e as empresas públicas federais (pessoas jurídicas de direito privado, mas com capital exclusivamente público) quando estas forem partes como autoras, rés, assistentes ou oponentes, com exceção das matérias reservadas à justiça do trabalho e a eleitoral, bem como as questões de falência. Salienta-se que, a par destas exceções, se as mencionadas pessoas jurídicas forem demandas em outra ordem judicial, o ingresso destas na lide tem o condão de deslocar a competência do julgamento da ação para a justiça federal.

76. Com relação à União e às Autarquias Federais, estas exercem atividades eminentemente regidas pelo direito público, não obstante possam, também, exercer atividades abarcadas pelo direito privado. De qualquer maneira, independentemente desta dicotomia clássica, as questões suscitadas no controle judicial serão ajuizadas e processadas perante a justiça federal, o que, obviamente, exclui, de plano, a competência estadual para fazê-lo⁴⁵.

77. No que tange às empresas públicas, espécies de empresas estatais na organização administrativa brasileira, podem se dividir em prestadoras de serviço público, caso em que o regime aplicado será majoritariamente o público, e em executoras de atividades econômicas, hipótese em que seu regime jurídico se assemelha ao das empresas privadas, conquanto se lhe aplique também, parcialmente, regras de direito público⁴⁶.

78. É de se salientar, também, que as sociedades de economia mista no âmbito federal, enquanto pessoas jurídicas de direito privado, pertencente à Administração Indireta da União, ficaram de fora da competência prevista no art.109 da CRB e, embora sejam entes federais, o julgamento das causas em que

⁴⁵ ESTORNINHO, Maria João. *A reforma de 2002 e o âmbito da jurisdição administrativa*. Lisboa: Caderno de Justiça Administrativa nº 35, set/out. 2002, a autora demonstra que a reforma do contencioso administrativo em Portugal, mediante a edição da Lei 13/2002, de 19 de fevereiro, acabou com esta distinção clássica que determinava a repartição de competência, extirpando de vez a competência dos tribunais comuns para a análise das ações em que a Administração Pública esteja atuando em atividades de gestão privada.

⁴⁶ O artigo 173 da CRB de 1988, no seu primeiro parágrafo e incisos, define bem essa questão: “§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública”.

são partes dar-se-ia perante a justiça estadual brasileira. Por exercerem atividades basicamente privadas, pode-se concluir que o constituinte teve a intenção de excluir da competência da justiça federal as lides em que são partes, o que reforça, de certa maneira, o objetivo de se criar uma justiça voltada principalmente para as questões de direito público, ainda que se possa alegar que as referidas entidades exerçam também atividades que visem o interesse público. A sociedade de economia mista federal de maior destaque no Brasil que se encontra em pleno funcionamento é o Banco do Brasil S/A.

79. Feitos esses esclarecimentos iniciais, pode-se chegar a uma primeira conclusão: que os litígios submetidos ao judiciário federal são eminentemente de direito público e, conseqüentemente, de jurisdição materialmente administrativa. Isto nos leva a verificar a sua forte vocação de justiça administrativa no contencioso administrativo federal brasileiro.

80. Nesse sentido, SÉRVULO CORREIA⁴⁷ faz uma série de afirmações que vão ao encontro do que foi exposto até o momento, na defesa da existência de uma jurisdição materialmente administrativa. Assevera que à luz da CRB de 1988, principalmente na parte que define a competência dos juízes federais, as pessoas jurídicas com o foro privativo perante a justiça federal ostentam natureza pública, mormente no que tange à União e às Autarquias Federais. Impende ressaltar, contudo, no que concerne às empresas públicas, não obstante tenham foro na justiça federal e o seu capital seja eminentemente público, elas são pessoas jurídicas de direito privado.

81. A inferência lógica surge com a solução paradigmática da CRP no artigo 212, item 3, ao definir a competência dos tribunais administrativos portugueses para dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas. O que são efetivamente os litígios que surgem desta relação? Entendemos que estas relações jurídicas são os vínculos existentes entre entes públicos ou entre estes e os privados que exerçam atividades públicas ou de interesse público e, ainda, entre privados que estejam no exercício de atividades abarcadas pelo interesse público.

4.2 Noção material da jurisdição administrativa brasileira

⁴⁷ Sobre a questão da existência de uma jurisdição materialmente administrativa no Brasil, à luz da CRB, CORREIA, Sérvulo. *Direito do Contencioso...* 2005, p.224.

82. A decorrência lógica de toda a sistemática do direito é de que a todo direito material ou substantivo corresponde um direito formal ou instrumental suscetível de resguardar os direitos previstos no primeiro. Assim ocorre, por exemplo, com o direito penal em que temos o processo penal como instrumento garantidor da tutela penal.

83. A questão é tratada de forma diversa no que tange ao direito administrativo. No direito brasileiro, as figuras processuais que tutelam o direito administrativo substantivo são incluídas no processo civil. Se utilizarmos a mesma lógica de raciocínio exposta no parágrafo anterior, mas em sentido contrário, a consequência natural seria a conclusão no sentido da inexistência de relações materiais específicas de direito administrativo. A Administração Pública, assim, não deveria ter um regime próprio, aplicando-se, a ela, as normas comuns do direito civil.

84. Todavia, não é assim que acontece de fato. A Administração Pública brasileira está submetida a um regime próprio em todas as suas áreas, restando pouco espaço para as normas de direito privado. Há todo um sistema complexo de normas legais e administrativas que regulam a atuação estatal em sua relação de coordenação e de subordinação. Isto entre os próprios entes públicos e, também, em face dos particulares.

85. Com efeito, SÉRVULO CORREIA, em sua obra sobre o contencioso administrativo, uma das únicas em Portugal que discorre com um nível elevado de completude sobre o sistema jurisdicional administrativo no Brasil, afirma com clareza que a função jurisdicional, a qual é monopólio estatal, só se qualificará como administrativa quando houver a aplicação pelos juízes, quer administrativos ou comuns, de normas integrantes de um “Direito estatutário da Administração”⁴⁸.

86. Antes, porém, de prosseguir na análise da jurisdição materialmente administrativa no Brasil, SÉRVULO CORREIA registra na obra citada, algo relevante para o estudo em foco. Salienta a importância de se extrair apenas o caráter científico da questão e também empírico, deixando de lado os “preconceitos” e

48

CORREIA, Sêrvulo. *Direito do Contencioso...* 2005, p.304.

reconhece que as discussões que se tem feito na Europa na atualidade já se faziam presentes no Brasil há décadas. Só para ilustrar, desde a doutrina brasileira do *habeas corpus* (em sua versão mais abrangente que extrapolava a proteção da liberdade de locomoção), antes mesmo da criação do mandado de segurança, já havia o exercício da plenitude de jurisdição nos feitos contra a Administração. Portanto, não somente a anulação, mas a condenação à prática de atos devidos em face de ilegalidade por ato comissivo ou omissivo é uma realidade antiga no cenário da jurisdição administrativa brasileira⁴⁹.

87. Isso, sem dúvida, deve despertar o olhar do jurista europeu e, no caso particular, do jurista português que pode se valer desse sistema secular de jurisdição plena nos feitos em que a Administração Pública é parte, ainda que

⁴⁹ CORREIA, Sérvulo. *Direito do Contencioso...* 2005, p. 197/198: “Mas também sempre foram admissíveis pedidos, simples ou cumulados, de decisões de natureza constitutiva ou anulatória, indemnizatória, cominatória, possessória ou dominial. O particular tem acesso a estes meios do Código de Processo Civil para fazer valer as suas pretensões contra a Administração e esta pode usa-los contra aquele sempre que não seja cabível ou conveniente a autotutela. Esta é a realidade de contornos bem vinculados **por mais de um século de uma vivência** cuja dinâmica evolutiva nunca pôs em causa a sobreposição entre o dualismo substantivo e o monismo da ordem jurisdicional, por seu turno entrosado com um dualismo acentuadamente relativo dos meios processuais. A vitalidade deste modelo questiona idéias feitas, que ainda circulam na doutrina europeia. A História do Direito Público brasileiro não confirma, por exemplo, que o dualismo entre o Direito Privado e o Direito Administrativo nasça apenas por causa do funcionamento de uma ordem jurisdicional separada. Também a especificidade dos institutos do Direito Administrativo se tem mostrado compaginável no Brasil com a ausência de especialização do juiz chamado a aplicá-los. Mas esta desconstrução de mitos de raiz europeia não se fez sem deixar azo a questões porventura não ainda totalmente respondidas ou explicadas. Assim, perante a opção alternativa que o sistema concede ao litigante entre os meios processuais próprios dos litígios jurídicos-administrativos e os meios do processo civil comum, cabe perguntar qual a razão de ser dos primeiros e, em face dos motivos que eventualmente justifiquem a sua existência, quais as razões da dispensabilidade do seu carácter exclusivo. Por outro lado ainda, verifica-se que o Direito Brasileiro desde sempre foi capaz de acomodar um ordenamento substantivo tendo o acto administrativo como principal ideia ordenadora (ou, pelo menos como uma das principais) **com um sistema processual caracterizado pela geral admissibilidade da formulação de pedidos de decisão jurisdicional, não só constitutiva, mas também declaratória e condenatória contra a Administração**. Mais concretamente, a preponderância do acto administrativo como fonte das situações jurídico-administrativas concretas não conduziu ao carácter quase exclusivamente cassatório das acções que o tenham por objecto. **Esta coexistência secular de um Direito Administrativo substantivo assente no poder de conformação jurídica imperativa das situações concretas pela Administração com um Direito Processual onde, sem prejuízo da existência de meios específicos mas, pelo contrário, até no âmbito destes, o juiz não cinge a sua função à destruição retroactiva do conteúdo das regulações concretas ilegais operadas pela Administração, constitui, para o jurista europeu, nos tempos de hoje, um tema da maior relevância. No fundo, dir-se-ia, em boa medida, um tal sistema representa – nos seus traços estruturais mais marcantes e sem curar agora de pormenores fruto das idiossincrasias sócio-geográficas ou dos acasos da História – uma antecipação de muitas décadas do sentido para que aponta hoje, na Europa Continental, a evolução dos modelos nacionais inicialmente centrados na mera anulação contenciosa dos actos administrativos**”. (grifos nossos)

presentes fatores criticáveis⁵⁰, para antever certas situações futuras que poderão ocorrer no contencioso administrativo reformado. Claro que há variantes como o momento histórico, as condições sociais, o equilíbrio entre as instituições democráticas, além de outros fatores que podem influenciar de tal maneira que as ocorrências sejam diferentes, mas ainda assim são válidas como referenciais.

89. A própria organização política do Estado brasileiro que pode ser constatada no artigo 1º da CRB de 1988 consubstancia uma complexidade em nível estatal que foge totalmente ao sistema que se quis implantar nos países de tradição anglo-saxônica, nos quais há submissão máxima da Administração Pública às regras de direito privado.

90. Verifica-se que a República Federativa do Brasil está organizada entre vários entes, que são pessoas jurídicas de direito público, com competência definida no texto constitucional. Temos, portanto, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios⁵¹.

91. Impende salientar que nas três esferas políticas – União, Estados e Municípios – marcam presença o Executivo e o Legislativo, sendo que o Judiciário está inserido na organização da União e dos Estados, incumbindo a estes últimos julgar os litígios que envolvem os Municípios. Consequentemente, não há, atualmente, judiciário municipal no Brasil.

92. Em razão do contexto do trabalho estar se desenvolvendo no âmbito federal, nos ateremos a demonstrar algumas situações nesta esfera de organização administrativa. A Administração Pública Federal está dividida em direta e indireta, basicamente. A União está organizada de forma coordenada, através de seus Ministérios, com todos os desdobramentos administrativos – Secretarias e etc. -, exercendo sua competência constitucional por meio da desconcentração de suas atribuições entre seus órgãos (entes despersonalizados) e, também,

⁵⁰ Um fator que requer uma crítica forte é no tocante aos privilégios processuais que a Administração Pública detém, mas será adiante explanado no trabalho.

⁵¹ Sobre a competência dos entes da federação brasileira confira-se a Constituição Federal de 1988 nos artigos 21 (competência material da União), 22 (competência privativa da União para legislar), 23 (competência comum entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios), 24 (competência concorrente para legislar entre a União, Estados e Distrito Federal), 25 (registra que os Estados se organizarão pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios da Constituição Federal, prevendo no § 1.º uma competência residual), 30 (define a competência dos Municípios os quais reger-se-ão pela lei orgânica municipal) e 32 (competência do Distrito Federal).

descentralizando algumas das atividades estatais mediante a criação de Autarquias Federais, como exemplo, as Universidades Federais, o INSS - Instituto Nacional do Seguro Social (Autarquia Previdenciária) -, o IBAMA -Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - (Autarquia Ambiental) e muitos outros que poderiam integrar esta lista exemplificativa. Esclareça-se que estes entes autárquicos são criados por lei e têm personalidade jurídica própria de direito público⁵², são considerados “pessoas administrativas” em contraposição às “pessoas políticas”.

93. Ademais, outros entes personalizados exercem atividade por delegação estatal, como as empresas estatais, divididas em Empresas Públicas, com capital exclusivamente público, constituídas sob quaisquer formas admitidas em direito, e as Sociedades de Economia Mista, com capital majoritariamente público e constituídas somente sob a forma de Sociedade Anônima, destacando que ambas são pessoas jurídicas de direito privado.

94. Pode, ainda, outras pessoas jurídicas de direito privado exercerem atividades delegadas do poder público mediante os institutos da concessão, permissão e autorização do serviço público⁵³.

95. Ao olhar para essa síntese panorâmica, constatamos a real complexidade da Administração Pública brasileira. Nota-se logo que as normas de cunho administrativo ocupam um lugar relevante na produção legislativa, completadas muitas vezes, por atos administrativos do poder normativo ou regulamentar. Esclareça-se que, na doutrina do direito administrativo no Brasil, não se faz

⁵² O inciso XIX do artigo 37 da CRB dispõe que “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”.

⁵³ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.

distinção de categoria, tal como ocorre em Portugal^{54 55 56}, entre ato administrativo e ato normativo, no que se refere à produção de atos na função administrativa amoldada ao poder normativo, sendo, geralmente, enquadrado na categoria de ato administrativo, mormente quanto à estrutura ou forma, não obstante se constate diferenciações de serem individuais ou gerais^{57 58}.

96. Temos, por exemplo, no campo dos servidores públicos, normas em nível constitucional que diferem do regime próprio dos empregados comuns, mais

⁵⁴ Sobre a distinção entre ato administrativo e regulamento, em Portugal, veja-se AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo – vol.II*. 7ª reimpressão da 1ª edição. Lisboa: Almedina, 2007, p. 170 e ss: “Tanto o regulamento como o acto administrativo são comandos jurídicos unilaterais emitidos por um órgão competente no exercício de um poder público de autoridade: mas o regulamento, como norma jurídica que é, é uma regra geral e abstracta, ao passo que o acto administrativo, como acto jurídico que é, é uma decisão individual e concreta”.

⁴⁷ Ainda discorrendo sobre os regulamentos no direito administrativo, SOUZA, Marcelo Rebelo de/ MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral, tomo I*, 2ª edição. Lisboa: Dom Quixote, 2006, p.66, asseveram: “Os regulamentos são actos normativos emitidos por órgãos administrativos no exercício da função administrativa; na medida em que tenham eficácia externa vinculativa constituem, portanto, fontes de direito. Podem limitar-se a complementar, desenvolver, executar ou concretizar actos legislativos anteriores; **mas também podem conter disciplinas normativas inovatórias**, como sucede paradigmaticamente com os regulamentos independentes e autônomos (infra, t.III). Em todo o caso, não incorporam decisões essenciais para a colectividade política, o que os aparta da lei (supra, 3-28); e estão sujeitos ao princípio da legalidade, o que significa que têm que se fundamentar numa lei habilitante e que têm como limites a Constituição, o direito internacional e comunitário e a lei, que não podem contrariar (infra, 8)”.

⁵⁵

⁵⁶ No mesmo sentido, a doutrina espanhola, expressa por ENTERRÍA, García de. *Curso de Derecho Administrativo*.I. 13ª edição. Madrid: Thomson Civitas, 2006, p.187: “Acabamos de aludir a la irreductibilidad entre el poder reglamentario y el de dictar actos administrativos. En el plano sustancial ello se traduce también en la irreductibilidad entre las figuras institucionales de los Reglamentos y de los actos. Ambos son instrumentos jurídicos (entre outros) utilizados por la Administración, pero entre uno y otro existen diferencias sustanciales. No sería correcto, pues, explicar el Reglamento con un simple acto administrativo general y hacer aplicación al mismo de la teoría de los actos administrativos; el Reglamento no es ni una Ley material ni un acto administrativo general; es, sin duda, un quid aliud frente a esas dos instituciones más comunes y conocidas. La distinción más obvia entre el Reglamento y el acto es que aquél forma parte del ordenamiento jurídico, en tanto que el acto es algo <<ordenado>>, producido en el seno del ordenamiento y por éste previsto como simple aplicación del mismo. El Reglamento innova el ordenamiento (derroga otro Reglamento anterior, crea normas nuevas, habilita relaciones o actos hasta ese momento no previstos), el acto se limita a aplicar el ordenamiento a un supuesto dado o por dicho ordenamiento previsto”.

⁵⁷ No Brasil, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito ...* 2003, p. 387, expõe na classificação dos atos administrativos, quanto à estrutura dos atos que eles podem ser um atos concretos ou atos abstratos e, nestes últimos, registra que são “os que prevêm reiteradas e infindas aplicações, as quais se repetem cada vez que ocorra a reprodução indeterminável de destinatários. Exemplo: o **regulamento** cujas disposições colherão sempre novos casos tipificáveis em seu modelo abstrato. Vale observar, entretanto, que muitas vezes há em um regulamento disposições concretas, ao lado de outras abstratas, com bem ressaltou Pietro Virga”. (grifamos)

⁵⁸ Já DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 2004, trata do tema também dentro da classificação dos atos administrativos, na parte específica em que os aborda quanto à forma, mormente ao se referir ao decreto que, na conceituação da autora, “é a forma de que se revestem os

especificamente aquelas previstas nos artigos 37 a 41 da CRB de 1988, tratando de princípios e regras da Administração e dos Servidores Públicos.

97. Em nível infraconstitucional, tem-se uma vasta legislação reguladora das atividades administrativas. A título de exemplo, citamos a lei que regula o Regime Jurídico Único dos Servidores da União, das Autarquias Federais e das Fundações Federais, a Lei 8.112/90. Ora, os litígios oriundos da relação entre o servidor e a pessoa jurídica a que está vinculado se amoldam com bastante clareza à situação de jurisdição materialmente administrativa, visto que é corolário de uma relação jurídica administrativa.

98. Outra vertente relevante seria a Lei 8.666/93, que define as regras para a Licitação e os Contratos Administrativos, traçando normas diferenciadas para a Administração Pública na celebração de contratos, impondo a necessidade de uma fase anterior de escolha denominada licitação, o que na linguagem portuguesa chama-se de procedimento pré-contratual. Esta lei regulamentou a norma constitucional expressa no artigo 37, inciso XXI da CRB de 1988. Outros exemplos poderiam ser dados, porquanto, consoante ressaltado, na movimentação da máquina administrativa do Estado, resta pouco espaço para a aplicação do direito privado.

99. Consequentemente, algumas indagações são relevantes: a) a função administrativa no Brasil é passível de controle? b) quem ou quais órgãos são competentes para fazê-lo? c) esse controle, sob o prisma orgânico, está adstrito à Administração executiva^{59?}

100. Em primeiro plano, a função administrativa, no caso brasileiro, é passível de autocontrole ou autotutela que se traduz no exercício de revisão das decisões pelos próprios órgãos públicos prolores. Destaca-se que há, também, uma atividade administrativa assaz desenvolvida fora do poder executivo. Todavia, esse controle administrativo “gracioso” não tem o condão de dizer o direito em caráter

atos individuais ou **gerais**, emanados do Chefe do Poder Executivo (Presidente da República, Governador e Prefeito).” Faz, ainda, distinção entre os decretos regulamentares ou de execução e os independentes ou autônomos, esclarecendo que no tocante a estes últimos que se caracterizam “quando disciplina matéria não regulada em lei”, destaca que “a partir da Constituição de 1988, não fundamento para esse tipo de decreto no direito brasileiro, salvo nas hipóteses previstas no artigo 84, VI, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 32/01”.(grifei)

⁵⁹ Quando nos referimos à Administração estrito sensu estamos nos referindo ao Poder Executivo.

definitivo. Consequentemente, surge o controle das questões pelo poder judiciário, quando este é provocado por uma das partes a proceder a um exame dos variados aspectos envolvidos no exercício daquela função.

101. Constata-se, com clareza, que o controle da função administrativa não se restringe ao âmbito da Administração, o que rompe com a noção clássica de contencioso administrativo francês de justiça reservada. Vai além, por meio do acesso à justiça, mediante a inafastabilidade da jurisdição, presente no caso brasileiro, consoante o texto da CRB, no artigo 5º, XXXV, segundo o qual cabe ao judiciário não só a apreciação de lesão a direito, mas à ameaça de lesão.

102. Depreende-se dessa norma constitucional um ponto fundamental: a jurisdição é plena nos feitos submetidos ao judiciário inclusive das relações jurídico-administrativas. Isto significa que existem meios de tutela comuns e cautelares com o intuito de torná-la efetiva, além daquelas especificadas, sobretudo, no corpo do artigo 5º da CRB.

103. Impende registrar que dentro da jurisdição materialmente administrativa temos um processo efetivamente de partes que visa dar suporte à tutela de proteção aos direitos subjetivos dos particulares (teoria subjetiva) e, também, à defesa da ordem objetiva da legalidade (teoria objetiva), não obstante existam algumas distorções acerca dos privilégios que a Administração Pública tem na seara processual.

104. É evidente que a efetividade da tutela jurisdicional apresenta como “porta de entrada” o acesso à justiça, contemplado no dispositivo em comento. Todavia, envolve outros aspectos que são delineados pela lei processual ao prever instrumentos capazes de concretizar, com eficiência, o princípio-norma contido no texto constitucional.

105. Consequentemente, toda questão referente, v.g., a licitação, contratos administrativos ou públicos (na linguagem da moderna doutrina européia), serviços públicos em geral, como transporte, educação, energia, saúde, previdência social, servidores públicos e tantas outras, são relações jurídicas administrativas, porquanto estão regidas pelo direito administrativo de forma direta ou indireta em alguns casos.

106. Explicamos: o direito previdenciário é um ramo do direito no Brasil, considerado autônomo, mas a sua concretização está diretamente ligada às normas de direito administrativo.

107. Por conseguinte, valendo-se do critério adotado pela CRP acerca da competência da justiça administrativa portuguesa, qual seja, o da solução dos litígios emergentes da relação jurídica administrativa, pode-se inferir sobre a existência da jurisdição materialmente administrativa no Brasil quando a justiça federal julga os conflitos oriundos da relação material nas áreas expostas, o que se amolda perfeitamente ao trabalho enquanto justiça administrativa da União, embora não seja especializada.

4.3 Esboço de uma jurisdição orgânica administrativa

108. A Constituição de 1988, seguindo a tradição das anteriores, não previu expressamente um órgão jurisdicional especializado nas questões administrativas como ocorre em alguns países europeus. Isto é de fácil constatação pela consulta ao seu artigo 92⁶⁰. São definidos como órgãos do Poder Judiciário, na categoria de tribunais superiores: o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho, o Superior Tribunal Militar e o Tribunal Superior Eleitoral. Como tribunais de 2º grau: os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal. No 1º grau: os Juízes Federais, os Juízes do Trabalho, os Juízes Eleitorais, os Juízes Militares e os Juízes dos Estados e do Distrito Federal. O Conselho Nacional de Justiça (recentemente instituído pela EC 45/2004), embora seja órgão do judiciário, não exerce função jurisdicional típica.

109. A propósito do tema, SÉRVULO CORREIA⁶¹ chama a atenção para a “problematização” de se verificar as “vantagens de desvantagens de criar, no âmbito do Poder Judiciário, sobretudo no da Justiça Federal, formações de

⁶⁰ “Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I-A o Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios”.

⁶¹CORREIA, Sérvulo. *Direito do Contencioso...* 2005, p.226/227

julgamento de competência especializada para os conflitos emergentes das relações jurídicas administrativas”. E arremata: “este é um debate que, um dia, poderá vir a travar-se no Brasil”.

110. Nessa esteira de raciocínio, cremos que algumas reflexões são cabíveis já que, conforme dito, a justiça federal brasileira⁶² tem uma vocação inegável para o julgamento do contencioso administrativo da União.

111. Por conseguinte, ao lado dessa competência geral do inciso I do art.109 da CRB, há outros itens que se inserem no rol da competência em razão da matéria, marcado pelo critério material-objetivo de cunho predominantemente de direito administrativo. Assim, incumbe ao juiz federal julgar os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais, conforme o inciso VIII.

112. Salienda-se que as ações populares e as ações civis públicas no âmbito federal serão todas processadas e julgadas perante a justiça federal. Somadas às outras duas ações referidas acima, são instrumentos processuais para a discussão basicamente de questões de direito administrativo. Com exceção da ação civil pública, os demais meios processuais estão introduzidos no texto constitucional brasileiro no título que trata dos direitos e garantias fundamentais, mais especificamente no art.5º da CRB.

113. Nesse particular, ressalta-se que as obras de direito administrativo tratam destas figuras processuais de forma diminuta. Tradicionalmente, são ministradas nas instituições de ensino jurídico dentro da cadeira de direito processual civil e não como direito processual administrativo, o que denota uma falta de trato da matéria sob a ótica do tema da existência de uma jurisdição administrativa. Merece, portanto, reforma a grade curricular das faculdades de direito brasileiras sobre o assunto, o que redundará em frutos para o futuro, principalmente na literatura jurídica.

⁶² CORREIA, Sérvulo. *Direito do Contencioso...* 2005, p.224: “com efeito, umas das competências mais importantes dos juízes e tribunais federais é determinada pela natureza pública e federal da parte: as causas em que a União, entidade autárquica (pessoa colectiva pública da administração indirecta) ou empresa pública federal forem interessadas na condição e autora, rés, assistentes ou oponentes – excepto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho – são, em regra, da competência dos juízes federais (Constituição, artigo 109, incisos I e VIII).”

114. Para SÉRVULO CORREIA⁶³ a própria Constituição Federal brasileira instituiu uma base sólida para uma jurisdição materialmente administrativa, pois registrou em seu texto uma série de instrumentos processuais suscetíveis de exercer o controle da legalidade dos atos da Administração. Esta assertiva realmente é verdadeira, notadamente quando nos deparamos com as garantias do mandado de segurança, do *habeas data*, da ação popular entre outras. Portanto, esta área merece uma atenção reforçada dos juristas brasileiros, visto que variados aspectos de cunho processual suscitam dúvidas no profissional de direito por ausência de uma formação mais adequada no tocante ao trato das questões de direito administrativo, mormente no que se refere ao aspecto processual.

115. A título de exemplo, não é incomum o ajuizamento de ações em face de Ministérios da Administração Federal que não possuem personalidade jurídica e, portanto, não têm capacidade de estar em juízo, na sistemática brasileira⁶⁴. Outro fator de grande incidência é a indicação equivocada da autoridade coatora em mandado de segurança⁶⁵, bem como a impetração deste em foro incompetente.

⁶³ CORREIA, Sérvulo. *Direito do Contencioso...* 2005, p. 302: “com a tipificação no texto constitucional de vários meios processuais destinados à apreciação da legalidade (ou legalidade e lesividade) de actos de poder, é a própria Lei Fundamental brasileira a instituir bases de um sistema processual específico de jurisdição materialmente administrativa.”

⁶⁴ Na apelação em Mandado de Segurança nº 92.01.06826-3/PI, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, cujo relator foi o Juiz Hércules Quasímodo, retrata bem a realidade presente no meio judicial da indicação equivocada de órgão despersonalizado, ou seja, sem capacidade de estar em juízo, quando do ajuizamento de ação judicial, segundo podemos constatar na seguinte ementa: “PROCESSUAL CIVIL. INICIAL QUE APONTA COMO REU ENTE SEM PERSONALIDADE JURIDICA. DESPACHO DE EMENDA NÃO ATENDIDO. INDEFERIMENTO DA INICIAL E EXTINÇÃO DO PROCESSO: ARTS. 284 PARAG. UNICO, E 267, I, DO COD. DE PROC. CIVIL. APELAÇÃO DESPROVIDA. SALVO AS EXCEÇÕES LEGAIS DE ENTES DESPERSONALIZADOS QUE PODEM ESTAR EM JUIZO (ART. 12 DO COD. DE PROC. CIVIL), NÃO CABE PROMOVER-SE AÇÃO CONTRA ORGÃO DESTITUIDO DE PERSONALIDADE JURIDICA. A INDICAÇÃO DO REU E O REQUERIMENTO PARA SUA CITAÇÃO SÃO ONUS PROCESSUAIS DO AUTOR (ART. 282, II E VII DO COD. DE PROC. CIVIL). HAVENDO OMISSÕES OU IMPERFEIÇÕES NESSES PONTOS, O JUIZ DETERMINARA QUE O AUTOR EMENDE A INICIAL, EM DEZ DIAS (ART. 284, CAPUT, DO COD. DE PROC. CIVIL). SE O AUTOR NÃO CUMPRIR A DILIGENCIA, O JUIZ INDEFERIRA A PETIÇÃO INICIAL (PARAG. UNICO DO REFERIDO ART. 284 CPC). APELAÇÃO DESPROVIDA.”

⁶⁵ Nesse sentido, vale conferir o excerto do STJ no Conflito de Competência/ DF –1992/ 0021147-0, cujo relator foi Ministro Humberto Gomes de Barros: “PROCESSUAL - MANDADO DE SEGURANÇA - AUTORIDADE COATORA - INDICAÇÃO ERRADA. NO PROCESSO DO MANDADO DE SEGURANÇA A INTIMAÇÃO DA AUTORIDADE CORRESPONDE A CITAÇÃO. APÓS SUA CONSUMAÇÃO, CRISTALIZA-SE A RELAÇÃO PROCESSUAL, QUE NÃO SE PODE MAIS ALTERAR. INDICADA ERRONEAMENTE A AUTORIDADE COATORA, IMPÕE-SE O DESCONHECIMENTO DO PEDIDO, NÃO SUA REMESSA A OUTRO JUIZO”.

Ressalta-se que para fins de definição de competência, seria o da sede da autoridade coatora que ressaia adequado para a propositura da ação⁶⁶.

116. Em suma, o manuseio das ações tipicamente de garantia dos direitos fundamentais e que servem ao contencioso administrativo no âmbito judicial fica extremamente prejudicado ante a ausência de uma formação mais consentânea com a realidade brasileira, esclarecendo que grande parte desta deficiência pode ser creditada na conta das Instituições de Ensino de Direito, espalhadas pelo Brasil, que enfatizaram durante muito tempo somente o direito privado e algumas vertentes do direito público, como o direito penal, em detrimento do direito administrativo, constitucional e tributário. Registra-se, entretanto, que nas últimas duas décadas se esboça uma reação a tal fato. Gradualmente, tem havido certa mudança no foco do ensino jurídico, principalmente com o escopo de adequação à ordem estabelecida pela Constituição de 1988.

117. Sobre as vantagens e desvantagens da especialização da justiça federal para julgamento das relações jurídicas administrativas, cabe salientar que basicamente as questões que lhe são submetidas têm suporte neste extrato material, o que já revela certo grau de “especialização” não obstante seja a justiça comum da União. Ora, a maioria das ações ajuizadas e cometidas ao seu pronunciamento é originária de questões jurídicas materialmente administrativas. É evidente que há algumas exceções que se enquadram no campo do direito privado, máxime aquelas que são consideradas de “massa”. Estas costumam surgir em ações judiciais propostas em face das empresas públicas federais. Como exemplo emblemático se pode citar as ações de correção dos depósitos no FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço).

⁶⁶ Na esteira desse entendimento pode-se colher a ementa do Acórdão proferido no Agravo de Instrumento perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região nº 3003.01.00.036945-7/DF, relator Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro: “PROCESSUAL CIVIL E **COMPETÊNCIA**. MANDADO DE SEGURANÇA. POSTO DE COMBUSTÍVEL. INTERDIÇÃO POR FISCAL EM CUMPRIMENTO A MEMORANDO DA AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO (ANP). ART. 7º DA LEI N. 9.478/1997. 1. A **competência** para julgar mandado de segurança define-se pela **sede** funcional da **autoridade** dita **coatora**. 2. Praticado o ato coator por fiscal em cumprimento à ordem emanada da Agência Nacional do Petróleo, que tem **sede** e foro no Distrito Federal, a **competência** para o processamento e julgamento da ação mandamental é da Seção Judiciária do Distrito Federal. 3. Agravo provido.”

118. O perfil dos juízes federais no Brasil denota essa vocação a que se tem registrado, ou seja, são profissionais acostumados a tratar das matérias de direito público. Inclusive, para enriquecer o tema em discussão, nos concursos públicos para os cargos de juiz federal, a ênfase maior é dada às matérias inseridas no direito público.

119. A par disso, o movimento de instalação de Varas Federais dos últimos tempos no Brasil tem contemplado a especialização de algumas, notadamente em execução fiscal, envolvendo, neste caso questões de direito administrativo e tributário, porquanto o direito constitucional se imiscui em todas as áreas do direito.

120. Ressalta-se, também, a criação dos Juizados Especiais Federais⁶⁷ que têm uma jurisdição limitada ao valor de alçada de 60 Salários Mínimos, não lhes sendo atribuídas a solução de litígios que envolvem todas as matérias da justiça comum federal, a teor dos incisos I a IV do § 1º do artigo 3º da Lei 10.259/01⁶⁸. No entanto, atuam com jurisdição plena nos feitos que lhes são submetidos, destacando que a competência conferida a esta justiça especializada é de natureza absoluta. O sistema de especialização da jurisdição administrativa revela-se vantajoso por variados aspectos, mormente pelo aprofundamento da discussão do contencioso administrativo pelos juízes e, também, entre os profissionais que atuam perante o órgão jurisdicional. Pode-se dizer, também, que colabora para a formação de uma jurisprudência mais consolidada e específica sobre a matéria. Além disso, tutela de forma mais satisfatória os direitos dos particulares em face da Administração.

⁶⁷ O artigo 98 da CRB previu que “a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”, sendo que esta norma foi concretizada em nível federal mediante a edição da Lei 10.259 de 11 de julho de 2001.

⁶⁸ Dispõe o artigo 3º da Lei 10.259/01: “Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças”. Conforme o § 1º “não se incluem na competência do Juizado Especial Cível as causas: I - referidas no art. 109, incisos II, III e XI, da Constituição Federal, as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, execuções fiscais e por improbidade administrativa e as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos; II - sobre bens imóveis da União, autarquias e fundações públicas federais; III - para a anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal; IV - que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou de sanções disciplinares aplicadas a militares”.

121. A questão se repete quando nos remetemos para o segundo grau de jurisdição da justiça federal. Os Tribunais Regionais Federais, atualmente, divididos em número de cinco, na qualidade de Cortes eminentemente revisoras, têm se organizado de tal forma a respeitar essa especialização. É o que se pode notar da consulta aos seus regimentos internos.

122. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, com jurisdição sobre quatorze Estados da Federação Brasileira e sede na capital da República, por exemplo, tem Turmas e Seções especializadas para o julgamento de litígios materialmente de direito administrativo. É o que se pode verificar, inicialmente nos incisos III e IV do art. 2º de seu Regimento Interno ao declarar que o Tribunal funciona em seções e turmas especializadas⁶⁹.

123. Sua organização está estabelecida em razão da matéria principal, desmembrada em quatro áreas de especialização, a saber: benefícios previdenciários e servidores públicos; penal, improbidade administrativa e desapropriação; administrativo, civil, comercial e, finalmente, tributário, financeiro e conselhos profissionais⁷⁰.

124. Ora, com exceção das matérias penal, civil e comercial, estas duas últimas que representam uma pequena diversidade de casos, conquanto possam apresentar alguns processos de “massa”, conforme já ressaltado, o restante se afina perfeitamente às relações jurídicas administrativas, incluindo aí também, as questões de direito previdenciário e tributário, uma vez que seguem iter procedimental de direito administrativo. Como exemplo, em matéria previdenciária, cita-se a hipótese de concessão de aposentadoria a um segurado do INSS. O ato expedido com tal conteúdo é de natureza administrativa.

125. A competência das Seções e das respectivas Turmas do aludido tribunal é fixada de acordo com as matérias que compõem a correspondente área de especialização. À Primeira Seção incumbe o processo e julgamento dos feitos relativos a servidores públicos civis e militares, exceto feitos relativos à improbidade administrativa, e a benefícios previdenciários, destacando que estas

⁶⁹ O Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 1ª Região pode ser consultado no site www.trf1.gov.br

⁷⁰ O artigo 6º do citado Regimento Interno do TRF da 1ª Região dispõe sobre a organização do Tribunal em matérias especializadas.

matérias envolvem problemas diretamente relacionados com a jurisdição administrativa⁷¹.

126. A definição de competência da Segunda Seção marca expressivamente o cunho de jurisdição do contencioso administrativo, tratando-se das matérias de improbidade administrativa, desapropriação direta e indireta⁷².

127. Com relação à Terceira Seção esta aparece com a competência para o julgamento de várias matérias do contencioso administrativo, tais como, licitação e contratos administrativos, concursos públicos, direito ambiental, responsabilidade civil e ensino⁷³.

128. No § 4º do dispositivo em análise, à Quarta Seção foi atribuída competência para a solução de questões afetas ao direito tributário em geral, malgrado todas elas toquem aspectos de direito administrativo, de maneira direta ou indireta. Assim, competiria dirimir os conflitos relativos à inscrição em órgãos de categoria profissional sujeito ao controle da justiça federal, mais especificamente os Conselhos Profissionais, como a OAB. Caberia julgar também questões sobre o exercício profissional e respectivas contribuições ligadas a estas instituições, impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições sociais e outras de natureza tributária, exceto as contribuições para o FGTS, empréstimos compulsórios, preços públicos e multas de qualquer natureza, inclusive tributária.

129. Registra-se, ainda, no §5º, que os feitos relativos à nulidade e anulabilidade de atos administrativos serão de competência da Seção a cuja área de especialização esteja afeta a matéria de fundo, conforme parágrafos anteriores citados. Nota-se, com bastante clareza, a prevalência da jurisdição materialmente administrativa no âmbito do TRF da 1ª Região, situação que se repete nos demais Tribunais Regionais Federais do Estado brasileiro.

130. Prosseguindo na análise a que nos propusemos, sobre a existência de um nível de especialização perante a estrutura da justiça federal brasileira, no que se refere

⁷¹ Conforme se extrai do artigo 8.º do Regimento Interno do TRF da 1ª Região.

⁷² Vide os incisos II e III do § 2º do artigo 8º do referido Regimento. Ressalta-se que em Portugal, em nossa visão, equivocadamente, as ações de desapropriação são atribuídas à justiça comum e não à administrativa, embora a CRP contemple que é da competência dos tribunais administrativos julgar os litígios emergentes da “relação jurídica administrativa”. Sobre o assunto já fizemos comentários no item 3.3.

⁷³ Consulte-se o § 3º do mesmo artigo acima, mais precisamente seus incisos I, II, IV, VI, VII e VIII.

à justiça administrativa da União, salienta-se que uma boa parte das ações do contencioso administrativo termina no segundo grau de jurisdição. Todavia, principalmente em grau de recurso, estas ações podem ser alçadas aos tribunais superiores, dependendo da natureza da discussão. Se o embate ficar restrito aos aspectos de constitucionalidade do direito aplicado, desafiará o recurso extraordinário para o STF, a teor do art.496, VII do CPC⁷⁴. Se, por outro lado, a controvérsia abranger questão de direito infraconstitucional, poderá a parte intentar recurso ao STJ, nos termos do inciso VI do mesmo dispositivo.

131. Cabe esclarecer que não havendo questionamento quanto à inconstitucionalidade de norma federal, a lide termina definitivamente no STJ, que seria a última instância, propriamente dita do contencioso administrativo⁷⁵. À exemplo do que ocorre com a justiça espanhola, em que existe uma sala do contencioso administrativo no Supremo Tribunal, o STJ tem turmas e seção especializada em direito público que tem por objetivo principal julgar as causas materialmente de direito administrativo. Consta-se, pois, do exame de seu Regimento Interno que o art. 2º registra que o Tribunal funciona em Plenário e pelo seu órgão especial (Constituição, art. 93, XI), denominado Corte Especial, bem como em Seções e Turmas especializadas⁷⁶.

132. Impende ressaltar que, segundo o § 4º do dispositivo supra, as Seções compreendem seis Turmas, constituídas de cinco Ministros cada uma. A Primeira e a Segunda Turmas compõem a Primeira Seção; a Terceira e a Quarta Turmas, a Segunda Seção; e a Quinta e a Sexta Turmas, a Terceira Seção. O Ministro mais antigo integrante da Turma é o seu presidente, observada a disposição do parágrafo anterior quanto à periodicidade.

133. De acordo com o art. 8º do se Regimento Interno, há no STJ três áreas de especialização estabelecidas em razão da matéria. Nota-se que foi eleito o critério objetivo para a delimitação da competência, coincidente com o adotado pelo ETAF

⁷⁴ Neste campo, a questão foge especificamente à alçada da jurisdição materialmente administrativa, ficando adstrita à jurisdição constitucional, com verificação de aspectos de vícios relativos à constitucionalidade, envolvidos na questão submetida a exame no judiciário.

⁷⁵ Exceções a essa assertiva são as ações da jurisdição materialmente administrativa que se iniciam no próprio STF como o mandado de segurança contra ato praticado pelo Presidente da República (artigo 102, I, *d* da CRB).

⁷⁶ Pode-se consultar o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça no site www.stj.gov.br

e pelo CPTA. Com efeito, o art. 9º define a competência das Seções e das respectivas Turmas em função da natureza da relação jurídica litigiosa, vale dizer, em função de um critério objetivo.

134. À Primeira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos a licitações, contratos administrativos, nulidade ou anulabilidade de atos administrativos, ensino superior; inscrição e exercício profissionais, direito sindical, nacionalidade, desapropriação, inclusive a indireta, responsabilidade civil do Estado, tributos de modo geral, impostos, taxas, contribuições e empréstimos compulsórios, preços públicos e multas de qualquer natureza. Enfim, direito público em geral.

135. Observa-se, destarte, que a Primeira Seção do STJ tem competência basicamente em direito público, julgando as questões materialmente de direito administrativo, podendo-se falar, sem exagero, que à semelhança do Supremo Espanhol, esta Seção, ainda que não ostente o nome, seria do contencioso administrativo.

136. A preocupação do judiciário brasileiro em constituir magistrados que tenham familiaridade com as matérias de direito público e, em especial, de direito administrativo torna-se patente pela exposição realizada. Evidentemente, que não houve uma preocupação pelo constituinte de 1988 em criar uma justiça especializada em razão da matéria administrativa tal como ocorre com a matéria trabalhista, mas, conforme já ressaltado, é possível fazer um recorte competencial de uma justiça administrativa na conjugação do texto constitucional com os regimentos internos dos tribunais, estes últimos inseridos no poder normativo destes, suprimindo, muitas vezes, lacunas dos Códigos de Processo.

137. Antes, porém, cabe salientar que embora a Justiça Federal seja tratada como justiça comum da União e assim o é efetivamente, pela análise de sua competência constitucionalmente prevista, conclui-se que, salvo quando se trata das empresas públicas que têm personalidade jurídica de direito privado, ela não julga normalmente litígios interindivíduos⁷⁷. Necessariamente sempre haverá um ente público ou uma pessoa coletiva em um dos pólos da relação jurídica processual.

⁷⁷ Escolhemos a expressão interindivíduos porquanto a justiça federal julga normalmente lides interprivados, dado que as empresas públicas federais que têm o foro privativo nesta justiça são pessoas jurídicas de direito privado, integrando a Administração Indireta da União.

138. Consequentemente, poder-se-ia dizer que ela se apresenta como uma justiça especializada imperfeita na visão de ser uma justiça administrativa da União, já que o básico de sua atuação está concentrado no julgamento dos litígios emergentes da relação jurídica administrativa. Quando falamos em especialização imperfeita não é por ausência de instrumentos processuais próprios para o julgamento das lides do contencioso administrativo. Pelo contrário, a plenitude de jurisdição é algo presente na justiça federal desde sua criação. Os meios processuais para esta finalidade são adequados, conforme se extrai das normas do CPC e da Constituição. Esta expressão refere-se ao fato de não ter sido especificamente prevista no texto constitucional como justiça administrativa no quadro do poder judiciário, pois além de exercer esta função, sendo a justiça privativa das causas da União (a maioria delas de direito público), tem competência para decidir questões que são atribuídas à justiça comum (como exemplo, podemos citar as criminais), sendo, em última análise, considerada a justiça comum da União.

5. ABORDAGEM DE ALGUNS ASPECTOS PROCESSUAIS DA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA PORTUGUESA E DA BRASILEIRA

5.1. Aspectos relevantes da justiça administrativa portuguesa

139. Em primeiro plano, a justiça administrativa portuguesa está organizada em Tribunais Administrativos de Círculo, constituindo-se seu primeiro grau de jurisdição. Os Tribunais de Apelação ou de segundo grau estão distribuídos em dois Tribunais Centrais Administrativos, um do Norte, com sede no Porto, e outro do Sul, com sede em Lisboa. No topo se encontra o Supremo Tribunal Administrativo, com sede em Lisboa, composto por Juízes Conselheiros, tendo jurisdição em todo Portugal⁷⁸.

⁷⁸ Vide os artigos 8.º ao 44.º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais.

140. Com a segunda reforma do contencioso administrativo português, após a CRP de 1976, o que ocorreu em 2002 com as edições das Leis n.ºs 13 e 15 de 2002, que entraram em vigor em 2004, os poderes de injunção dos juízes administrativos aumentaram sobremaneira, já que houve uma transformação radical na concepção de justiça administrativa, valorizando-se a tutela dos direitos fundamentais e dos interesses legalmente protegidos, passando a salvaguardar os direitos subjetivos, não se preocupando apenas com a defesa da ordem objetiva, como anteriormente, sem perder, é claro, a noção de sua importância em conjugação com o teor da reforma, procurando preservar o equilíbrio, conforme já ressaltado.

141. A nova configuração da justiça administrativa portuguesa foi fruto da concretização de algumas normas constitucionais, mormente aquelas que constaram da revisão de 1997. Alguns dispositivos constitucionais, portanto, aparecem como verdadeiros vetores neste contexto de reforma do contencioso administrativo, como os artigos 20.º e 268.º da CRP. Este último, em seu item 4⁷⁹, consagra definitivamente o princípio da tutela jurisdicional efetiva mencionando as figuras processuais da impugnação de quaisquer atos administrativos lesivos aos cidadãos, a determinação pelos tribunais da prática de atos devidos, ou seja, a possibilidade não somente de anular os atos, mas de condenação da Administração Pública na prática daqueles que são devidos pela lei e, como reforço ao princípio assinalado, a abertura à adoção de medidas cautelares adequadas.

142. Já no item 5 do dispositivo citado, verifica-se a possibilidade de impugnação de normas administrativas com eficácia externa que venham a causar lesão aos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, ressaltando que à luz

⁷⁹ Sobre o tema, AMARAL, Diogo Freitas do/ALMEIDA, Mário Aroso de. *Grandes Linhas...* 2007, p. 18 ressaltam que “como é sabido, o artigo 268.º, n.º 4, da Constituição, consagrando um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, refere-se ao objecto de justiça administrativa a partir de uma óptica natural e inevitavelmente subjectivista, acentuando, por isso, apenas uma das dimensões que à justiça administrativa deve corresponder. Essa dimensão, num Estado de Direito democrático baseado no postulado da dignidade da pessoa humana e, portanto, na afirmação de que os indivíduos são titulares de direitos fundamentais anteriores e superiores a qualquer forma de organização política, afigura-se ser a mais importante, e daí o natural relevo que o CPTA lhe confere e que também, ao longo da presente exposição, lhe será dedicada. Mas nem por isso ela deixa de ser apenas uma das dimensões da justiça administrativa, ao lado de outra, a dimensão objectiva, de protecção da legalidade e dos interesses públicos, que o CPTA também contempla”.

do direito português, os regulamentos, por exemplo, não são incluídos no rol dos atos administrativos, sendo considerados como normas administrativas.

143. No primeiro dispositivo, ou seja, no artigo 20 da CRP garante-se o acesso ao direito e aos tribunais, destacando-se o item 5 que determinou a criação, por lei infraconstitucional, de procedimento que assegure aos cidadãos a defesa dos direitos, liberdades e garantias, proporcionando a consubstanciação da tutela efetiva em tempo útil contra eventuais ameaças ou violações destes direitos⁸⁰.

144. Deveras, a justiça administrativa em Portugal exsurge como um braço importante na proteção e tutela dos direitos fundamentais dos particulares em face da Administração Pública, máxime em um contencioso administrativo com traços marcantes no subjetivismo.

145. Como consequência, nota-se, com clareza, duas bases principais que se tornaram o centro do contencioso administrativo português: o princípio da efetividade da tutela jurisdicional e a proteção subjetiva dos direitos dos particulares, o que VASCO PEREIRA DA SILVA chama de “revolução copernicana”⁸¹.

146. Com efeito, consoante ressalta bem o autor mencionado, não houve uma criação pelo legislador constitucional de uma lei processual, o que, é claro, não seria o local adequado para uma previsão deste nível. A Constituição, no entanto, traçou diretrizes no que concerne aos efeitos das injunções efetuadas pelos juízes

⁸⁰ Nesse sentido, concretizando, mais uma vez a norma constitucional, o CPTA criou uma intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias, constituindo-se em processo de natureza urgente e que julga efetivamente o mérito, ou seja, não se insere no rol das providências cautelares, sendo regulada nos termos dos artigos 109.º a 111.º, destacando que o entendimento sufragado pelo Tribunal Constitucional, no Acórdão nº 05/2006, foi na esteira de que tal intimação se estende para os direitos análogos aos declarados na norma constitucional, à luz do artigo 17 da CRP de 1976.

⁸¹ SILVA, Vasco Pereira da. *Ventos de Mudança no Contencioso Administrativo*. Lisboa: Almedina, 2005, p.52/53: “Mas a subjectivização do contencioso administrativo torna-se ainda mais acentuada com a revisão constitucional de 1997. Agora, de acordo com o artigo 268.º, n.º4, a lógica de todo contencioso administrativo, segundo o modelo constitucional, gravita em torno da tutela judicial plena e efectiva dos direitos dos particulares, sendo em razão desse princípio que devem ser organizados os diferentes meios processuais, principais e acessórios, sejam eles destinados ao reconhecimento de direitos, à impugnação de actos lesivos, à condenação da Administração, ou a acautelar direitos dos sujeitos processuais. Ironizando, poder-se-ia dizer que se verifica aqui uma espécie de “revolução copernicana” no modo como se encontra formulada a garantia constitucional de acesso à justiça administrativa, uma vez que agora passam a ser os diferentes meios processuais que “giram” à volta do princípio da tutela plena e efectiva dos direitos dos particulares, e não o contrário”.

administrativos quando do exercício da atividade judicante, já que as normas deverão ser concretizadas em nível infraconstitucional⁸².

147. Essas concretizações das normas constitucionais de revisão imprimiram um novo conceito no contencioso administrativo português, conforme destaca COLAÇO ANTUNES, em que se volta para centralidade do cidadão no direito administrativo na proteção dos direitos e interesses legalmente protegidos. Assim dá-se ênfase à relação jurídica administrativa. Conquanto o autor faça esta observação, citando em nota de rodapé VASCO PEREIRA DA SILVA, demonstra uma preocupação e faz crítica sobre o novo modelo da justiça administrativa na esteira de que “o princípio da legalidade é visto sobretudo como esteio da proteção das posições jurídicas do particular, omitindo-se que o mesmo princípio da juridicidade é também ele um meio de tutela do interesse público (artigo 266.º/1 da CRP)⁸³”.

148. Nessa linha de raciocínio, que revela uma forte influência do direito alemão, WOLFF/BACHOF/STOBER abordam a questão do conceito de direito subjetivo público, que às vezes pode carecer de maior densificação, invocando normas do ordenamento jurídico alemão, apresentado a definição no sentido da conjugação da posição do particular diante do Estado e, conseqüentemente, da Administração, com esteio em algum negócio ou norma jurídica que a vincule e que tenha por escopo a proteção dos interesses dos particulares, resultando na possibilidade de

⁸² SILVA, Vasco Pereira da. *Ventos de Mudança ...* 2005, p.91: “Note-se bem que a Constituição estabelece os traços gerais do modelo de contencioso administrativo, mas não é uma lei de processo, pelo que aquilo que está aqui em causa não são os meios processuais (recurso de anulação, acções de responsabilidade, acções para reconhecimentos de direitos...) mas os efeitos das sentenças (impugnação, reconhecimento de direitos, determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos...), os quais tanto podem ser obtidos através dos meios pré-existentes, como de outros a criar. O que significa que foram superados os “complexos da infância difícil” do contencioso administrativo, que nasceu como um “recurso hierárquico jurisdicionalizado” em que os poderes do juiz eram limitados à anulação dos actos administrativos, para se passar a considerar os efeitos das sentenças dos tribunais administrativos não possuem qualquer limitação “natural” ou “congénita”, antes devem ter por critério e medida (plenitude e efectividade de) os direitos dos particulares necessitados de tutela”.

⁸³ ANTUNES, Luís Felipe Colaço. *A Teoria do Acto e a Justiça Administrativa. O Novo Contrato Natural*. Almedina, 2006, p. 28: “A nova concepção da justiça administrativa assenta numa visão do direito administrativo centrada no cidadão e na tutela das respectivas posições jurídicas substantivas favoráveis – direitos e interesses legalmente protegidos. Partindo do cidadão, adquire centralidade na configuração do direito administrativo o instituto da relação jurídica administrativa, descentrando o acto para um estatuto secundário. Quando muito, este não é mais do que uma forma de concreção da relação jurídico-administrativa”.

busca de uma tutela, em caso de violação⁸⁴. Esta é a expressão de EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN que demonstra a necessidade da existência de uma tutela jurídico-subjetiva para o acionamento do contencioso administrativo⁸⁵.

149. A estrutura processual do contencioso administrativo em Portugal na reforma de 2002, com a edição do novo CPTA, assenta, basicamente, em dois pilares: as ações administrativas comuns e as ações administrativas especiais. Ambas têm por objeto o que se denomina de processo de conhecimento no Brasil ou fase cognoscitiva, sendo tratado em Portugal como fase declarativa.

150. O CPTA regula ainda processos específicos como o contencioso eleitoral, o contencioso pré-contratual e, por último as intimações para a prestação de informações, consulta de processos ou para passagem de certidões e, também, nesta categoria, a intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias (direitos fundamentais), isto dentro dos processos urgentes. Regula, também, as providências cautelares, tudo conforme o artigo 36.º, inciso I, itens de a a e do CPTA.

151. Foi adicionada aos processos urgentes, mas não de carácter principal (não julgando questões de fundo), as providências cautelares (artigo 112.º) que têm por escopo assegurar a utilidade do processo principal, mediante a adoção de medidas de cunho antecipatório e conservatório⁸⁶.

⁸⁴ WOLFF, Hans J./BACHOF, Otto/STOBER, Rolf. *Verwaltungsrecht (Direito Administrativo)*, Volume 1. Tradução: António F. de Souza. 11ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p.678: “Existe, pois, um conceito amplo e um conceito restrito de direito público subjetivo. Refimo-nos ao conceito amplo de direito público subjetivo (legitimação, “direito” no sentido do art.19 IV 1, 93 I, n.º 4 a GG;§42 II, 113 VwGO; ver também Bauer, *Geschichtliche Grundlagen*, p.139), quando é definido nos seguintes termos: “direito público subjetivo consiste na posição do particular face ao Estado em que, com base num negócio jurídico ou numa norma jurídica vinculativa emitida para a protecção dos seus interesses individuais, o particular se pode apoiar face à Administração, podendo exigir algo do Estado ou podendo fazer algo contra ao Estado”(neste sentido, bühler, *Die subjektiven öffentlichen Rechte*, p. 224 e idem, in: GS Jellinek, p.274)”.

⁸⁵ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La Teoria General Del Derecho Administrativo Como Sistema*. Tradutores vários. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.ª, 2003, p. 226: “La tutela jurídico-subjetiva constituye el fundamento Del mandato de tutela judicial efectiva, el soporte de la tantas veces invocada efectividad de la tutela judicial”.

⁸⁶ ALMEIDA, Mário Aroso. *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*. 4ª edição. Lisboa: Almedina, 2007, p.77 “O processo cautelar não possui autonomia, funcionando como um momento ou como um incidente do processo principal, cujo efeito útil visa assegurar e, portanto, ao serviço do qual se encontra. Desde logo por este motivo, a tramitação dos processos cautelares obedece a um modelo específico que a lei regula em separado, por confronto com as formas de processo que estabelece para os processos principais”.

152. Ao final, regula as formas de execução, conforme o disposto no Título VIII, com suas variações dependendo da natureza da sentença.

153. Destaca-se, de plano, a tentativa do legislador de introduzir no seio do contencioso administrativo português algumas concepções importadas do direito privado, tais como, a figura do acordo judicial e da indenização como consectário da não realização do objeto postulado. Isto revela um claro propósito de tornar mais horizontal a relação processual, dantes conduzida a uma verdadeira verticalidade, inclusive sem um processo efetivo de partes, o que caracterizava um contencioso de mera anulação.

154. Contudo, uma advertência séria deve ser feita em relação à modificação objetiva de instância prevista no artigo 45.º do CPTA, mormente na parte referente ao julgamento antecipado que o tribunal faz, julgando improcedente o pedido em causa, se o juiz verificar que o cumprimento futuro da sentença venha a originar um ‘excepcional prejuízo para o interesse público’, fixando, ao final, uma indenização substitutiva do pedido, seja por acordo ou não. Nota-se que a expressão utilizada é totalmente aberta e indeterminada, amoldando-se à esfera discricionária do juiz, que deverá exercer uma ponderação apurada em cada caso concreto e, diga-se de passagem, terá de lançar mão do direito contido neste artigo com muita parcimônia, sob pena de privilegiar a permanência de ilegalidade. No caso de comprovada impossibilidade absoluta de cumprimento da sentença, o que reduziria a casos restritos, ainda se justificaria resolver a questão em perdas e danos mediante a fixação de uma indenização. Do contrário, creio que no Estado de Direito não se pode dar preferência à ilegalidade em conflito com ‘excepcional prejuízo para o interesse público’, visto que o interesse público há sempre que estar em consonância com a legalidade, sob pena de transformar o contencioso administrativo em um “processo de indenização”⁸⁷.

⁸⁷ Calha à circunstância, mais uma vez, a lúcida crítica efetuada por SILVA, Vasco Pereira da. *O Contencioso Administrativo*.... 2005, p. 230, que adverte para este perigo de transformar o “Contencioso Administrativo num “processo de indemnização”: (...) “serias <<dúvidas [do ponto de vista do princípio da separação dos poderes] se colocam em face do artigo 45.º do Código de Processo Administrativo, aplicável tanto à acção administrativa comum com à especial (por força do artigo 49.º), que permite ao tribunal administrativo modificar a instância, indo mesmo ao ponto de possibilitar a substituição do pedido formulado pelas partes pela fixação judicial de um pedido indemnizatório, na base de um juízo de mérito, antecipatório da execução, através do qual o juiz preveja que possa vir a verificar-se uma situação de impossibilidade absoluta de incumprimento da

155. Houve, sem dúvida, uma aproximação do contencioso administrativo ao direito processual civil, principalmente ao remeter a ação administrativa comum às formas previstas neste – ordinária, sumária e sumaríssima⁸⁸ – de acordo com a alçada estabelecida conforme o valor da causa. Tudo dentro de uma nova perspectiva de processo de partes. Sem dúvida, foi uma evolução do sistema, adotando-se o conceito não somente de relação jurídica material de direito administrativo, no que tange à competência, mas no campo processual acolhe-se efetivamente a existência de uma relação processual entre partes. Esclareça-se, que a noção tradicional de relação bilateral cede espaço a uma relação multilateral, se considerarmos a possibilidade de ingresso dos terceiros interessados na relação jurídica controvertida.

156. Incumbe registrar, apenas para somar ao aspecto abordado acima, que o legislador da reforma, vai além e cria uma relação processual que extrapola os limites tradicionais, ao proteger os direitos dos terceiros interessados que passam a ter legitimidade para postular perante a justiça administrativa, nos termos do item 2 do artigo 9.º do CPTA⁸⁹.

157. O dispositivo contido no item 1 do artigo 37.º do CPTA confirma a aproximação do contencioso administrativo às normas do CPC, conforme destaca

MIGUEL TEIXEIRA DE SOUZA⁹⁰. Por um lado, poder-se-ia ressaltar que houve uma sentença, ou de “grave prejuízo” para o interesse público (expressão última esta que, como é sabido, ainda por cima, goza de “cadastro” no contencioso administrativo português, e que representa um “cheque em branco” para eventuais abusos). O que julgo ser manifestamente inconstitucional, seja pela violação do princípio da separação dos poderes (ao permitir ao tribunal “administrar” – ainda que numa hipótese extrema -, mediante um juízo de mérito, através do qual ele pode “optar” pela manutenção da ilegalidade, desde que fixada a necessária indemnização), seja pela violação do princípio do pedido, seja ainda pela violação do princípio da plenitude da tutela particular (que, em caso de colisão com um interesse público mais “gravemente lesado” pode levar à transformação do Contencioso Administrativo num “processo de mera indemnização”)>>”.

⁸⁸ Segundo o artigo 42.º, item 1 do CPTA, “sem prejuízo do disposto nos números seguintes, a acção administrativa comum segue os termos do processo de declaração do Código de Processo Civil, nas formas ordinária, sumária e sumaríssima.

⁸⁹ O CPTA instituiu legitimidade ativa aos terceiros interessados ao prever no item 2 do artigo 9.º que “Independentemente de ter interesse pessoal na demanda, qualquer pessoa, bem como as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o Ministério Público têm legitimidade para propor e intervir, nos termos previstos na lei, em processos principais e cautelares destinados à defesa de valores e bens constitucionalmente protegidos, como a saúde pública, o ambiente, o urbanismo, o ordenamento do território, a qualidade de vida, o património cultural e os bens do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais”.

⁹⁰ Conforme a constatação de SOUZA, Miguel Teixeira de. *Cumulação de pedidos e cumulação aparente no contencioso administrativo*. CJA n.º 34, julho/agosto 2002, p.33/39, com destaque na p.33: “O novo Código de Processo nos Tribunais Administrativos marca uma ruptura significativa

evolução do sistema com a quebra na forma processual administrativa tradicional, abrindo a possibilidade de maior sindicabilidade das causas oriundas das relações jurídicas administrativas. Por outro lado, ainda que justificada na exclusividade de meios processuais, típicas de sistema especializado de justiça administrativa, em nosso entendimento, merece crítica a restrição que se faz à utilização da ação administrativa comum, conforme a parte final da norma citada no sentido de ser permitido seu manuseio apenas nas hipóteses de ausência de formas de processo de regulação especial⁹¹.

158. A crítica que se faz à ausência de facultatividade na utilização das formas processuais cinge-se, sobretudo, à impossibilidade material de controle de uma eventual ilegalidade em face do prazo reduzido para a propositura da ação especial.

159. Veja-se que o artigo 41.º, item 1, dispõe sobre os prazos para a propositura das ações e contempla que, sem prejuízo do disposto na lei substantiva, a acção administrativa comum pode ser proposta a todo o tempo. Restaria indagar se, ultrapassado o prazo para a ação especial ou para os processos urgentes, a parte teria a possibilidade de ajuizar a ação administrativa comum para a defesa de seus direitos. Por exemplo, os pedidos de anulação, total ou parcial, de contratos podem ser deduzidos no prazo de seis meses contado da data da celebração do contrato ou, quanto a terceiros, do conhecimento do seu clausulado dentro da ação especial⁹². Vencidos tais prazos, presente, ainda, a ilegalidade, a parte interessada e legalmente legítima poderia syndicar a questão pela via a ação comum?

160. Mediante a interpretação literal do item 1 do artigo 37, parece claro que a via da ação administrativa comum é residual. Vale dizer, só será utilizada na ausência de previsão de ação específica para tal. Portanto, à primeira vista não se apresenta como uma alternativa que seja faculdade do autor da ação de escolher.

161. Uma situação interessante é que havendo cumulação de pedidos sujeitos a

com algumas das tradições do contencioso administrativo português e, ao mesmo tempo, aproxima-se, de forma nítida, da legislação processual civil”.

⁹¹ O artigo 37, item 1 do CPTA, registra que “ seguem a forma da acção administrativa comum os processos que tenham por objecto litígios cuja apreciação se inscreva no âmbito da jurisdição administrativa e que, **nem neste Código nem em legislação avulsa, sejam objecto de regulação especial**”. (grifamos)

⁹² Artigo 41, n.2 do CPTA.

formas de processos diferentes, comum e especial, prevalece o meio especial segundo se extrai do número 1 do item 5, contido no artigo 4.º do CPTA⁹³.

162. Um fator de grande relevância no contencioso administrativo português é o que poderíamos denominar de controle abstrato de legalidade das normas administrativas, segundo a previsão da Seção III do capítulo II do Título III do CPTA, mais especificamente nos artigos 72 e seguintes.

163. O item 1 do citado artigo 72º tem por objeto a impugnação de normas no contencioso administrativo com o objetivo de declarar a ilegalidade destas, as quais são emanadas ao abrigo de disposições de direito administrativo, em virtude de estarem eivadas de vícios próprios ou derivados, bem como a invalidade de atos praticados no âmbito do respectivo procedimento de aprovação. Exclui-se deste controle abstrato de legalidade das normas administrativas aquelas da competência do Tribunal Constitucional, nos termos do nº1 do artigo 281 da CRP.

164. A mencionada declaração tem força obrigatória geral, repristina as normas revogadas, com exceção do item 2, do artigo 73.º do CPTA, em que os efeitos da declaração ficam circunscritos ao caso concreto.

165. Esta iniciativa tem um reflexo extremamente positivo, uma vez que, ao ter força geral e obrigatória, a declaração tem o condão de retirar a norma do ordenamento jurídico, evitando, destarte, a repetição de demandas com o mesmo objeto.

166. No sistema adotado pelo CPTA, à semelhança do que ocorre com o controle de constitucionalidade, tem-se a declaração com força geral obrigatória, nas impugnações oferecidas pelo Ministério Público que pode fazê-la independentemente de ter três casos decididos pelo tribunal administrativo (item 3 do artigo 73.º)⁹⁴, o que é exigido dos particulares (item 1 do citado artigo)⁹⁵,

⁹³ Artigo 4.º, item 5, n.1: “Não obsta à cumulação de pedidos a circunstância de aos pedidos cumulados corresponderem diferentes formas de processo, adoptando-se, nesse caso, a forma da acção administrativa especial, com as adaptações que se revelem necessárias”.

⁹⁴ Item 3 do artigo 73.º: “O Ministério Público, oficiosamente ou a requerimento de qualquer das entidades referidas no n.º 2 do artigo 9.º, com a faculdade de estas se constituírem como assistentes, pode pedir a declaração de ilegalidade com força obrigatória geral, sem necessidade da verificação da recusa de aplicação em três casos concretos a que se refere o n.º 1”.

⁹⁵ O item 1 do artigo 73.º: “A declaração de ilegalidade com força obrigatória geral pode ser pedida por quem seja prejudicado pela aplicação da norma ou possa previsivelmente vir a sê-lo em momento próximo, desde que a aplicação da norma tenha sido recusada por qualquer tribunal, em três casos concretos, com fundamento na sua ilegalidade”.

merecendo crítica tal discriminação em um sistema processual que procurou adotar o princípio da igualdade em uma perspectiva substancial⁹⁶.

167. Impende registrar que o legislador previu a hipótese da ilegalidade por omissão na edição de norma administrativa, nos termos do artigo 77.º do CPTA, instituto que guarda bastante semelhança com o mandado de injunção brasileiro⁹⁷, ressaltando que no CPTA houve uma previsão mais ampla quanto aos direitos as serem concretizados pela norma a ser editada ao abrigo de disposições de direito administrativo, estando inserida no campo do poder normativo da Administração. Com tal instrumento, detectada a omissão administrativa, o juiz pode determinar ao órgão elaboração da norma, fixando prazo à entidade competente, não inferior a seis meses⁹⁸ e, se for o caso, sanção pecuniária compulsória em situação de não cumprimento da ordem judicial.

168. Um instrumento assaz interessante e de bastante eficácia é a possibilidade de o juiz administrativo emitir uma sentença substitutiva nas hipóteses em que a Administração não cumpra o determinado na sentença da fase declarativa. O pronunciamento judicial neste caso valerá “como se fosse o ato administrativo” que deveria ser praticado pela a Administração. A solução legal admite tal instrumento quando se tratar de ato vinculado, isto no curso da execução da sentença, conforme destacado, de acordo com o artigo 167.º, item 6º⁹⁹, salientando que a pronúncia judicial terá os efeitos do ato ilegalmente omitido. A única

⁹⁶ Sobre a questão Vasco Pereira da Silva tece críticas pertinentes ao asseverar que “tão mais de estranhar é este “tratamento desfavorável” do particular no contencioso dos regulamentos, quanto a Constituição, na revisão constitucional de 1997, “autonomizou” o direito fundamental de impugnação de normas jurídicas, consagrando-lhe um número próprio, no âmbito dos “direitos e garantias” – plenas e efectivas – de acesso à justiça (artigo 268.º, n. 5.º, da Constituição). Ainda mais para mais quando, “antes da reforma” o particular podia suscitar o afastamento da ordem jurídica de qualquer norma administrativa, sem quaisquer condicionalismos materiais, quando utilizasse o meio processual da impugnação de normas (relativamente aos regulamentos da Administração local comum), ou na condição, em alternativa, de se tratar de norma exequível por si mesma, ou de terem antes existido três sentenças judiciais de não aplicação (relativamente a todos os regulamentos), quando utilizasse o meio processual da declaração de ilegalidade (*O Contencioso Administrativo no Divã* 2005, p. 386)”.

⁹⁷ Segundo o artigo 5.º, LXXI da CRB “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

⁹⁸ Vide o artigo 77.º do CPTA.

⁹⁹ Item 6 do artigo 167.º: “Estando em causa a prática de acto administrativo legalmente devido de conteúdo vinculado, o próprio tribunal emite sentença que produza os efeitos do acto ilegalmente omitido”.

hipótese de que o CPTA admite a emissão de uma sentença substitutiva na fase declarativa é no curso de uma intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias, a teor do item 3 do artigo 109^o100.

5.2 Aspectos relevantes da jurisdição administrativa brasileira

169. Definida a questão da existência da jurisdição materialmente administrativa no Brasil, cumpre, agora, verificar quais os meios processuais em que ocorre a instrumentalização deste contencioso. De acordo com a explicação efetuada no início do trabalho (nota 5), não se desenvolveu no Brasil uma noção definida sobre o processo administrativo judicial em virtude da negativa do contencioso administrativo como realidade no âmbito do poder judiciário. Torna-se adequada à abordagem de alguns pontos estruturais, dando certa ênfase a determinados aspectos do mandado de segurança como a garantia constitucional mais utilizada no âmbito da jurisdição materialmente administrativa. Revela-se importante, também, ressaltar os instrumentos utilizados no processo civil que servem de suporte à efetividade da tutela no campo do contencioso administrativo brasileiro e, por último, uma análise dos privilégios processuais conferidos à Administração Pública, conquanto não haja um código específico de direito processual administrativo aplicável na seara do judiciário, isto com o escopo de verificar se há uma justificativa real para sua manutenção ou se faz mister uma reforma nestes dispositivos.

170. Numa visão geral, o processo judicial administrativo brasileiro, entenda-se, aquele que se presta a tutelar a jurisdição materialmente administrativa, pode se desenvolver da seguinte forma:

- a) regras do Código de Processo Civil (processo de conhecimento, processo cautelar e execução contra a Fazenda Pública);
- b) ações constitucionalmente previstas, tais como, mandado de segurança (individual e coletivo), *habeas data*, ação popular, mandado de injunção e ação civil pública.

¹⁰⁰ Segundo o item 3 do artigo 109.^o “quando, nas circunstâncias enunciadas no n.^o 1, o interessado pretenda a emissão de um acto administrativo estritamente vinculado, designadamente de execução de um acto administrativo já praticado, o tribunal emite sentença que produza os efeitos do acto devido”.

171. Assim, o particular pode se valer, por exemplo, das ações ordinárias submetidas ao procedimento comum ordinário, conforme descrito TÍTULO VIII, a partir do artigo 282 e seguintes do CPC, bem como das ações especiais garantidas nos termos da CRB. Isto tem um corolário importante, pois à exceção de algumas ações de garantia da CRB, que são exclusivas para determinadas hipóteses, retirando a possibilidade de questionamento nas vias ordinárias, todas as demais situações podem ser ajuizadas pelo procedimento comum, que está dividido em sumário (artigo 275 e seguintes) e ordinário (art. 282 e seguintes), nos termos do art. 271 do CPC¹⁰¹. Salienta-se que o CPC registra expressamente esta divisão do procedimento comum em ordinário e sumário¹⁰².

172. A propósito do tema, entre as garantias constitucionais aplicáveis à jurisdição materialmente administrativa, em face da necessidade de delimitar a abordagem, sobressaindo o mandado de segurança como instrumento de maior utilização para controle dos atos praticados pela Administração no exercício da função administrativa, este merecerá alguma consideração doutrinária. Fazemos esta assertiva porquanto o seu manuseio se presta a tutelar as lides que surgem da atuação do poder público na função administrativa, isto no âmbito dos três poderes constituídos na República Federativa do Brasil. Portanto, se um juiz praticar um ato no exercício da função administrativa, como deixar de conceder férias a um servidor público dos quadros do judiciário, não estando neste caso no exercício de função jurisdicional, contra este ato poderá ser impetrado um mandado de segurança na hipótese de preenchimentos dos pressupostos para tal finalidade.

173. A CRB de 1988 tratou desse meio de garantia processual a ser utilizado no controle dos atos praticados pelo poder público. Pode ser na forma do mandado de segurança individual ou na forma inovadora do coletivo. Estão previstos nos incisos LXIX e LXX do artigo 5º do texto constitucional¹⁰³. Na legislação ordinária, o

¹⁰¹ Dispõe o artigo. 271 do CPC: “aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei especial”.

¹⁰² Conforme se detecta no artigo 272 do CPC.

¹⁰³ Dispõe o artigo 5º, inciso LXIX: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas-corpus” ou “habeas-data”, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”; e no LXX, registrando que “o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por :a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização

mandado de segurança está previsto atualmente na Lei 12.016/2009 que revogou a Lei 1.533/51 (cuja vigência durou por quase 50 anos), sendo classificado como ação sumária de rito especial. Teve sua primeira previsão em nível constitucional no texto de 1934.

174. Note-se que o dispositivo constitucional fala em proteção de direito líquido e certo, não fazendo qualquer limitação quanto à natureza desse direito. Quer se dizer com isto que além dos direitos, liberdades e garantias, o mandado de segurança tutela os direitos sociais, econômicos e culturais, bem como qualquer outro direito que se insira na categoria de direito líquido e certo. Por direito líquido e certo, entende-se, sobretudo, aquele que se apresenta incontroverso quanto aos fatos subsumidos ao direito em sentido amplo, dado que a prova no mandado de segurança é pré-constituída e basicamente documental, não se admitindo dilação probatória¹⁰⁴. Na doutrina brasileira, tem-se em vista, sobretudo, a tutela dos direitos subjetivos na via mandamental.

175. Por meio deste instrumento processual, ataca-se a ilegalidade ou abuso de poder. Este último dentro da visão clássica de abuso de poder: a) excesso de poder, que demonstra um vício quanto à competência para praticar o ato, semelhante, neste ponto ao *certiorari* inglês¹⁰⁵; b) desvio de poder, traduzido no desvio da finalidade pública do ato, seja geral ou específico; c) omissão lesiva da administração.

176. É uma ação preferencial, de natureza urgente, admitindo a concessão de liminar pelo juiz, na hipótese de existência de motivo relevante e a ineficácia da medida se deferida somente ao final, inclusive há possibilidade de seu deferimento sem audiência da outra parte¹⁰⁶. Cabe esclarecer que a liminar no mandado de segurança tem caráter precário, ou seja, não tem o condão de resolver o processo definitivamente, podendo ser revogada pelo juiz a qualquer momento antes da sentença. Tem a vantagem sobre o processo cautelar, porquanto é concedida no

sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.”

¹⁰⁴ Segundo conceito de MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 27ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p.36/37: “é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração.

¹⁰⁵ Vide WADE, H.W.R.. *Administrative law*. 5ª edição. Oxford: Clarendon Press, 1985, p.546.

¹⁰⁶ Veja o artigo 7.º, III da Lei 12.016/2009.

curso da ação mandamental e tem natureza de decisão interlocutória, não se constituindo como instrumento autônomo ou paralelo ao processo principal.

177. A autoridade coatora é notificada para apresentar informações no prazo de 10 dias, o que não se trata propriamente de uma contestação, sendo apenas uma justificativa da prática do ato ou da omissão existente. Logo após, havendo ou não apresentação de informações, o juiz abre vista para o Ministério Público oferecer parecer no prazo de 10 dias (não vinculativo), atuando este como fiscal da lei nesta questão e, finalmente, os autos são conclusos ao juiz para proferir sentença em 30 dias.

178. O recurso de apelação, quando o mandado de segurança for concessivo, tem efeito meramente devolutivo, salvo nos casos em que for vedada a concessão de liminar (§ 3º do artigo 14 da Lei 12.016/2009). Sua execução se faz normalmente por ofício à autoridade coatora da sentença prolatada, não existindo processo específico, tendo a sentença natureza mandamental. Caso a autoridade coatora não cumpra a decisão ficará sujeita às sanções administrativas e, acima de tudo, penais. No caso, responderá pelo crime de prevaricação se demonstrado o dolo e não de desobediência, já que este último é próprio de particulares contra a Administração Pública. Não há condenação em honorários advocatícios, a teor das súmulas 105 do STJ e 512 do STF e do artigo 25 da Lei 12.016/2009. Por outro lado, há condenação nas custas processuais pela parte sucumbente.

179. A nova modalidade de mandado de segurança introduzida pela Constituição de 1988, na forma coletiva, legitimou os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, organizações sindicais, as entidades de classe ou associações legalmente constituídas a pelo menos um ano a postularem os direitos na defesa dos interesses dos seus membros ou associados em legitimação extraordinária, nos termos do inciso LXX do artigo 5º.

5.2.1 *Instrumentos de materialização da tutela efetiva na jurisdição materialmente administrativa*

180. Nos últimos anos, a propósito de se conferir maior eficácia às decisões judiciais em um país que tem um potencial elevado no que se refere à litigância perante aos órgãos judiciais, o legislador vem aos poucos reformando o Código de

Processo Civil instituindo determinadas medidas que proporcionam instrumentos ao juiz para a aplicação do direito ao caso concreto de forma mais efetiva.

181. Destaca-se no procedimento ordinário: a antecipação dos efeitos da tutela (art.273 do CPC); a possibilidade de o juiz conceder medida de cumho liminar quando entender cabível, conforme § 7º deste dispositivo; a fixação de multa à pessoa incumbida de cumprir a ordem judicial no montante de até 20% do valor da causa em razão do não cumprimento; a concessão de tutela específica (artigo 461 e seguintes do CPC) e a condenação em litigância de má-fé.

182. O particular que tiver algum direito lesado por parte da Administração pode ajuizar uma ação ordinária com pedido de antecipação de tutela em que o juiz, verificando o preenchimento dos pressupostos exigidos no art.273 do CPC pode antecipar seus efeitos, conferindo, destarte, maior eficácia à prestação da tutela jurisdicional.

183. Segundo esse dispositivo o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou ainda, fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu¹⁰⁷.

184. O magistrado deverá, na decisão que antecipar a tutela, indicar as razões do seu convencimento com precisão e clareza, ou seja, há de ser motivada. O juiz há de ponderar, entretanto, se da concessão da tutela não gerará perigo de irreversibilidade do provimento. Seria o caso de conceder uma antecipação de uma

¹⁰⁷ O novo instituto jurídico teve como objetivo possibilitar ao jurisdicionado a obtenção mais rápida da tutela jurisdicional, visto que, por questão de política processual, o legislador houve por bem consigná-lo no diploma básico instrumental. Para a concessão da antecipação da tutela mister se faz o preenchimento de alguns pressupostos declinados no art. 273 do CPC, quais sejam, a verossimilhança da alegação, a existência de prova inequívoca, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, bem como a caracterização do abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.No que tange à verossimilhança da alegação, ressalta-se o comentário de JUNIOR, Humberto Teodoro. *Código de Processo Civil Anotado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 124: "Verossimilhança, em esforço propedêutico que se quadre com o espírito do legislador, é aparência de verdade, o razoável, alcançando, em interpretação lato sensu, o próprio "fumus boni juris" e, principalmente, o "periculum in mora".

indenização em pecúnia para um autor que não tem solvabilidade para devolver o valor caso a medida seja revogada posteriormente.

185. A antecipação da tutela não tem caráter definitivo, podendo ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. A concessão da tutela não tem o condão de paralisar o feito ou esvaziar o objeto da demanda, sendo que o processo deve prosseguir e ter sua marcha normal até o julgamento final. Esclareça-se que este instituto não é um processo autônomo a exemplo das providências cautelares, constituindo-se em uma medida tomada no curso do procedimento comum, o que se mostra mais vantajoso pela sua “simplicidade” procedimental, tendo natureza precária, conquanto possa antecipar o mérito.

186. A concessão da tutela não fica adstrita ao todo do pedido. Pode ser deferida total ou parcialmente, podendo, ainda, abarcar uma parcela dos pedidos formulados, mormente na parte em que se mostrarem incontroversos.

187. Por fim, ao dispositivo em comento foi acrescentada a possibilidade de o julgador operar a fungibilidade de medida quando a título de antecipação de tutela, for requerida providência de natureza cautelar. Neste caso, o juiz poderá, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

188. Registra-se que este instrumento processual só veio a lume com a edição da Lei nº 8.952, de 1994. De acordo com o § 3º, a efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos artigos 461, §§ 4º e 5º, e 461-A do CPC, que fixam a possibilidade de aplicação de astreintes por dia de atraso no cumprimento da tutela deferida, isto independentemente de pedido do autor.

190. Caso o objeto do processo seja uma condenação em uma obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz pode conceder uma “tutela específica”, nos termos do artigo 461 do CPC e, conforme os §§ 4º e 5º, fixar prazo razoável para o cumprimento do preceito, podendo, ainda, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e

apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

191. Em 2001, a Lei 10.358 incluiu o parágrafo único¹⁰⁸ no artigo 14 do CPC, trazendo um preceito importante na contribuição da efetividade da tutela, conquanto seja o seu objetivo o de penalizar o agente alvo do dispositivo, porquanto, ao final, trata-se de norma que inibe o não atendimento das ordens judiciais, fixando multa diretamente à pessoa responsável pelo seu cumprimento em razão do não atendimento ao comando jurisdicional. O juiz poderá fixá-la até o montante de vinte por cento do valor da causa. A crítica que se pode fazer sobre este dispositivo é o fato de se inscrever em dívida ativa da União ou do Estado o valor a ser cobrado, caso o multado não pague no prazo estabelecido. Em nosso entendimento, a multa deveria ser executada nos próprios autos e de ofício pelo juiz ou requerimento da parte, visto que, a título de exemplo, na esfera da União somente a partir de determinado valor é que se executa judicialmente a dívida.

192. Por último, incumbe salientar a possibilidade de condenação da parte em litigância de má-fé¹⁰⁹, nos termos dos artigos 16 e 17 do CPC, dando-se ênfase a um artifício utilizado com bastante frequência que é a interposição de recurso com manifesto propósito protelatório, contribuindo, destarte, para que o processo não chegue ao seu termo final, o que fere frontalmente o princípio da tutela

¹⁰⁸ “Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado. (Incluído pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)”.

¹⁰⁹ “Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidentes manifestamente infundados; VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório. Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou. § 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária. § 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento”.

jurisdicional efetiva, dado que se exige, para atender o escopo deste, que o litígio seja solucionado em prazo razoável.

5.2.2 *Dos privilégios processuais da Administração Pública*

193. A Administração Pública, que na linguagem do legislador processual é tratada como fazenda pública, goza de uma série privilégios processuais que na sistemática do contencioso administrativo moderno, principalmente aquela que vem prevalecendo no continente europeu, merece alguma reflexão sobre a real legitimidade de sua manutenção.

194. Nesse particular, cabem alguns esclarecimentos sobre o perfil do Direito Administrativo brasileiro. No que diz com seu aspecto material ou substantivo, não pairam dúvidas de que sofreu influência direta francesa, desenvolveu todo um sistema de regras derogatórias e exorbitantes do direito comum com esteio na supremacia do interesse público com todos os atributos inerentes à teoria dos atos administrativos, como a presunção de veracidade, legalidade e legitimidade. Por conseguinte, a Administração se desenvolveu dentro de uma verticalidade.

195. A solução brasileira, com o fito de manter a verticalidade também no âmbito do processo, foi atribuir privilégios processuais à Administração Pública sob vários argumentos que conferiram “legitimidade” a tal conduta e que nunca foram contestados com a veemência suficiente pela doutrina para desfazer tal posição. Vale ressaltar, em um primeiro momento, que a consideração da supremacia do interesse público e a falta de uma estrutura organizada para a defesa da Administração no processo judicial justificavam a presença de tais cláusulas.

196. Ao explicar a diferença principal entre o Direito Administrativo Inglês e o Francês, CRETELLA JÚNIOR¹¹⁰ enfatiza que o ponto fundamental é que “prevalece no primeiro o princípio da horizontalidade; informa o segundo a idéia de verticalidade. Pois bem. Com relação ao Direito Administrativo Francês sempre existiu uma idéia de conjunto entre o Direito Administrativo material e o formal, expresso este último no contencioso administrativo”.

¹¹⁰ JÚNIOR, J. Cretella. *O Direito Administrativo Inglês*. Brasília: Revista Informativa do Legislativo, a. 25, n.99 jul/set, 1998, p.74 “Em outras palavras, a Administração inglesa é tratada, tanto quanto possível, no mesmo plano que os particulares; a Administração francesa goza de *prerrogativas e privilégios*, exatamente por ser Estado, por ser detentora do *jus imperi*”i.

197. Por outro lado, quanto ao aspecto judicial, a influência brasileira foi americana, mormente quando da elaboração da Constituição de 1891, em que não contemplou especificamente o contencioso administrativo como vinha desenvolvendo mediante a atuação do Conselho de Estado na época do império¹¹¹.

198. Pois bem, analisando algumas normas do CPC, constatamos que, segundo o artigo 188 do CPC, a fazenda pública tem o prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer. Com as exceções devidas, o prazo normal de contestar é de 15 dias, o mesmo acontecendo com os recursos. Assim, ela tem 60 dias para contestar uma ação e 30 dias para recorrer de uma sentença. Ocorre, no entanto, que na prática, diante da conjugação das regras processuais de início de contagem de prazo processual, no que tange à contestação pode-se chegar a prazos de 120 dias ou mais, dependendo do volume de intimações a serem cumpridas pelos Oficiais de Justiça, igualmente acontecendo com os recursos em que os prazos, de fato, podem se dilatar para mais de 60 dias. Destaca-se que as intimações da União são realizadas pessoalmente na pessoa de seus representantes.

199. Veja-se que, em tempos de morosidade da justiça, somente em dois momentos processuais pode-se gastar quase um semestre por conta desses privilégios.

200. Em relação, ainda, à questão recursal, ou seja, ao exercício do duplo grau de jurisdição, este é obrigatório em face das sentenças em que saem vencidos a União, os Estados e os Municípios, conforme o artigo 475 do CPC, privilégio este estendido as suas autarquias e fundações públicas, conforme o dispositivo¹¹².

¹¹¹ MOREIRA, Marisa Zandonai. *Recepção pela nova ordem constitucional dos arts. 23 e 25 da lei complementar paranaense nº 1/72 (instituidora do conselho de contribuintes e recursos fiscais)* in www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/Congresso/utese27.htm, p.3/4: “Ocorre que, como os contribuintes passaram a ser vitoriosos em algumas demandas, a Fazenda, insatisfeita, começou a pressionar, culminando com a lei de 23/11/1841 que instituía o Conselho de Estado, atribuindo-lhe o contencioso administrativo, de caráter jurisdicional, lei esta que a maioria da doutrina na época, imputava de inconstitucional. Alguns Decretos sobrevieram, alargando cada vez mais o campo de atuação deste Conselho, até surgir o Decreto nº 2343 de 29-1-1859 que delegava competência ao Ministro da Fazenda, entretanto, outorgando-lhe jurisdição, já que assim se via: “Art.25 - As decisões dos Chefes das Repartições de Fazenda, do Tribunal do Tesouro e do Ministro de Fazenda, em matérias de sua competência de natureza contenciosa, terão a autoridade e a força de Sentenças dos Tribunais de Justiça”. Esse o contencioso administrativo restabelecido e que vigorou até o final do regime imperial. O Poder Judiciário não tinha competência para conhecer e decidir matéria acerca de lançamentos de impostos. Promulgada em 1891, a 1ª Constituição Republicana surge com espírito nacionalista e liberal. Tal Constituição revogou expressamente o “contencioso administrativo” no Brasil, restaurando a jurisdição una”.

¹¹² Segundo o inciso I artigo 475 do CPC “está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença proferida contra a União, o Estado, o

201. Isso significa que mesmo não havendo o recurso voluntário interposto pelas partes no processo, o juiz está obrigado a determinar a remessa dos autos ao segundo grau de jurisdição devolvendo o reexame da matéria ao tribunal competente e, por força obrigatória, atribui efeito suspensivo ao recurso de apelação ex vi do artigo 475 citado.

202. O legislador ordinário deu um passo importante na relativização desta regra geral, que se aplicava a todas as causas, independente do valor que lhes eram atribuídos, ao dispor que fica dispensada do reexame necessário aquela cuja condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor e, ainda, quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente, consoante os parágrafos segundo e terceiro do citado artigo.

203. No que se refere à questão da revelia, aplica-se à regra contida no artigo 320 do CPC, segundo a qual a revelia não induz, contudo, o efeito da confissão ficta se o litígio versar sobre direitos indisponíveis, o que normalmente acontece quando está em causa as ações em que o poder público surge como parte.

204. Quanto à fixação de honorários advocatícios de sucumbência nas ações em que a Fazenda Pública é vencida, há uma regra especial que confere certo privilégio no sentido de ser menos “penalizada”. É o que decorre do § 4º do artigo 20 do CPC, ou seja, nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior. Isto significa, muitas vezes, fixação de honorários de sucumbência menores do que os aplicados em casos normais.

205. Mas o feixe de privilégios processuais não cessa com estas figuras mencionadas. Quando se trata de ações com trânsito em julgado e que a execução tem que ser feita sob a modalidade de quantia certa, aplicar-se-á a regra do artigo

Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público”.

730 do CPC, em que trata da execução contra a Fazenda Pública, devendo ser citada para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não os opuser no prazo devido, o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente, o que se consubstanciará mediante o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito, conforme dispõe o artigo 100 da CRB¹¹³. Esta forma de pagamento diferencia sobremaneira daquela a que o particular se submete nos feitos judiciais, cujos prazos são exíguos para pagamento sob pena de penhora de bens do devedor. Cumpre salientar que as requisições de pequeno valor (RPV's) vieram minorar a situação caótica do pagamento por precatório judicial das dívidas da União, ficando, todavia, restrita ao limite de 60 salários mínimos, podendo, inclusive, a parte renunciar no processo ao valor que exceder este patamar com o escopo de receber o devido mais rapidamente, o que, em média, ocorre no prazo entre 60 a 90 dias após à expedição da requisição pelo juiz do feito.

¹¹³ Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. § 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo. § 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório. § 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado. § 4º Para os fins do disposto no § 3º, poderão ser fixados, por leis próprias, valores distintos às entidades de direito público, segundo as diferentes capacidades econômicas, sendo o mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social. § 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente. § 6º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, o sequestro da quantia respectiva. (caput e parágrafos com redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

206. A manutenção dos privilégios processuais da Administração Pública não se justifica. Uma boa parte deles era atribuído ao fato da existência de uma estrutura deficitária da União para a defesa de seus direitos perante o judiciário, ressaltando que o Ministério Público Federal realizava o papel de advogado da União e aquele próprio da instituição. Após a Constituição de 1988, houve a criação de carreiras jurídicas da União que exercem a parcela da atividade desenvolvida pelo Ministério Público Federal. Consequentemente, no quadro atual do Executivo Federal, há órgãos especializados na defesa da União perante a justiça federal, abarcando as autarquias federais. Não comportaria, neste trabalho, discorrer sobre cada um deles, demonstrar sua estrutura, porquanto extrapolaria o objeto do relatório. Contudo, somente para registrar, citamos os cargos de Advogado da União, os Procuradores Federais e os Procuradores da Fazenda Nacional, pertencentes a órgãos vinculados à União com atribuições próprias ativas e passivas (podendo propor ações e exercer a defesa da pessoa jurídica pública) no que se refere à jurisdição materialmente administrativa¹¹⁴.

6. PONTOS DE CONGRUÊNCIA E DE DIVERGÊNCIA ENTRE OS SISTEMAS ANALISADOS

207. Escolhemos três pontos interessantes para discorrer sobre as congruências e suas eventuais diferenças, em razão da presença de normas reguladoras sobre os temas nos dois sistemas analisados. São eles: 1) a proximidade com as normas do Código de Processo Civil dos respectivos países e a forma de incidência deste no

¹¹⁴ Art. 131 da CRB de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, dispondo sobre a Advocacia Pública, consignou que “representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. § 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. § 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos. § 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei”.

contencioso administrativo, qual seja, como fonte subsidiária, residual ou como fonte facultativa em face de procedimentos especiais existentes; 2) alcance do controle de juridicidade dos atos administrativos; 3) meios de coerção para o cumprimento das decisões judiciais.

6.1 A proximidade com as normas do código de processo civil dos respectivos países e a forma de incidência deste no contencioso administrativo

208. No que diz respeito ao primeiro ponto, de plano, observa-se uma congruência entre os dois sistemas analisados no sentido da proximidade com as normas do Código de Processo Civil. Vale dizer, não há isenção de aplicação das regras do CPC, sendo utilizado este sistema em maior ou menor grau. Isto em razão da inexistência de regras exclusivas que afastem totalmente a incidência do CPC.

209. No caso português, já existia anteriormente esta tendência, sobretudo no contencioso relativo aos litígios oriundos da responsabilidade civil da Administração e no que se referia aos contratos administrativos¹¹⁵. Na situação brasileira, não existe um código de processo administrativo próprio a ser aplicado no âmbito judicial¹¹⁶. Por conseguinte, as normas do CPC são os caminhos naturais para o desenvolvimento da jurisdição materialmente administrativa.

210. No CPTA, entretanto, procurou-se manter uma dualidade processual quanto à forma¹¹⁷, deixando as ações administrativas especiais para regularem a situação

¹¹⁵ Nesse sentido, AMARAL, Diogo Freitas do/ALMEIDA, Mário Aroso de. *Grandes Linhas...* 2007, p. 91/92, destacam que “tem longa tradição, no contencioso administrativo português, o chamado contencioso das ações, respeitante aos processos contencioso era tradicionalmente qualificado como contencioso por atribuição, na medida em que dizia respeito a questões que, por não envolverem a fiscalização de manifestações de autoridade da Administração, não integravam o núcleo duro da jurisdição administrativa, para o qual tinha sido concebido um meio processual próprio, o recurso contencioso. Assim como a apreciação destas questões tinha sido cometida à competência dos tribunais administrativos, entendia-se que, em tese, ela também o poderia ter sido à competência dos tribunais comuns. E dada a sua falta de especificidade, a tramitação dos respectivos processos não seguia um modelo próprio do contencioso administrativo, mas o modelo do processo declarativo comum, regulado no CPC”.

¹¹⁶ A Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito federal não se qualifica como lei processual judicial, ou seja, embora seus conceitos sejam importantes e possam ter valia no momento de interpretação das normas administrativas, não estabelece qualquer tipo de procedimento judicial para as ações de cunho administrativo, igualando-se mais como uma lei que define procedimento e definições para o âmbito da função administrativa do que efetivamente da jurisdicional.

¹¹⁷ Sobre o tema ALMEIDA, Mário Aroso/CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*. 2ª edição. Lisboa: Almedina, 2007, p.195, discorrem com propriedade no sentido de que “o CPTA prevê as principais formas do processo declarativo, determinando os principais modelos de tramitação a que deve obedecer o processo declarativo

antigamente tratada na seara do recurso contencioso, expressão esta tornada obsoleta, inclusive de forma combativa pela doutrina, que já considerava o recurso contencioso como efetivamente uma ação¹¹⁸.

211. O grande diferencial em relação a essa matéria cinge-se ao fato de que no contencioso brasileiro, a via do processo civil, se confrontada com os remédios jurídicos constitucionais, registrados como ações especiais previstas em leis extravagantes, não ressaí como meio obrigatório e sim como facultativo, na grande maioria dos casos, no sentido de a parte ter a opção de escolher aquele meio que for mais consentâneo à defesa de seu direito em face de um comportamento omissivo ou comissivo da Administração.

212. Somente para exemplificar o que acabamos de afirmar, o particular que estiver diante da violação de um direito subjetivo e fundamental de expressar livremente sua opinião científica sobre determinada área do conhecimento humano pode escolher ajuizar uma ação ordinária para tutelar seu direito ou impetrar um mandado de segurança (que é uma ação especial) no caso de haver “direito líquido e certo a ser amparado”. Portanto, o particular não está obrigado a utilizar a via do mandado de segurança primeiro para, subsidiariamente, valer-se dos meios comuns ordinários para exercer seu direito, só porque é especial. Todavia, caso escolha a via especial do mandado de segurança, o procedimento comum do Código de Processo Civil se apresenta como via subsidiária. Na hipótese de extinção da segurança sem julgar o mérito o impetrante pode escolher impetrar novo mandado de segurança^{119 120}.

213. No contencioso administrativo português, a ação administrativa comum, que

perante os tribunais administrativos. Algumas formas especiais de processo estão, entretanto, previstas em legislação avulsa. As formas do processo declarativo que se encontram previstas no CPTA são as seguintes: a) A forma da acção administrativa comum, regulada no Título II, que é a forma comum, aplicável a todo tipo de pretensões a que não corresponda uma outra específica de processo (artigo 37.º)...b) A forma da acção administrativa especial, regulada no Título III...”

¹¹⁸ Conforme Mário Aroso e Carlos Cadilha, em obra citada acima, mencionam em nota (97) trabalho publicado por Vasco Pereira da Silva intitulado “O nome e a coisa – A acção chamada recurso de anulação e a reforma do contencioso administrativo”, conforme constou no CJA n. 22.

¹¹⁹ Sobre a questão MEIRELLES, Hely Lopes, *Mandado de ...* 2004, p. 111, enfatiza a possibilidade que o legislador propicia ao interessado em renovar o pedido em novo mandado de segurança “enquanto o juiz não o denegar pelo mérito”. Claro que dentro do prazo decadencial de 120 dias estabelecido nesta ação especial.

¹²⁰ Aliás, a súmula 304 do STF declara exatamente que “decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso de ação própria”.

segue o rito do CPC não se apresenta, em primeira análise, como via facultativa à especial. Isto porquanto havendo procedimento especial previsto, a parte deverá escolher o meio processual colocado à disposição no CPTA, utilizando-se de maneira supletiva ou, ainda, subsidiária, a via da ação comum, visto que será factível apenas se não houver processo especial que regule a matéria¹²¹. Assim ocorre no contencioso pré-contratual, tratado como processo urgente no CPTA.

214. A questão supra é, de certa forma, natural quando confrontamos dois sistemas que divergem quanto a sua estruturação da jurisdição administrativa. SÉRVULO CORREIA¹²², com propriedade discorre sobre o tema asseverando que o patamar mais “densificado da jurisdição administrativa” se apresenta justamente quando esta se faz presente em um ordenamento jurídico que a consagre como especial, enfim, quando há dualidade de jurisdição. Isto, é claro, dentro da nova concepção de dualismo no âmbito do poder judiciário, quando se destina um ramo próprio da justiça administrativa para a solução dos litígios da relação jurídica administrativa. Aponta a “virtualidade” deste tipo de sistema na linha de aplicação tanto do direito substantivo quanto adjetivo do direito administrativo, com meios processuais específicos e exclusivos a serem empregados.

215. Ainda sob esta rubrica, a proximidade com as normas do Código de Processo Civil dos respectivos países e a forma de incidência deste no contencioso administrativo, qual seja, como fonte subsidiária, residual ou como fonte facultativa em face de procedimentos especiais existentes, nota-se que em

¹²¹ ALMEIDA, Mário Aroso/CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Comentário ao Código ...*, p.31: “Na medida em que exista uma situação carecida de tutela, o sistema do contencioso administrativo não pode deixar, por outro lado, de dispor das vias processuais adequadas à dedução em juízo de todo o tipo de pretensões. Esta opção tem conseqüências da maior importância na economia do Código e, portanto, do novo contencioso administrativo. Com efeito, é ela que explica a adopção de um modelo semelhante ao do CPC, assente na identificação de determinadas formas especiais de processo (gr. Artigos 46.º e 97.º a 111.º), ao lado da forma do processo comum (cfr. Artigo 37.º), que é aquela que deverão seguir todas as causas a que, nem o Código, nem a legislação especial, façam corresponder diferente forma de processo. Em última análise, as pretensões deverão ser deduzidas segundo a forma da acção administrativa comum (cfr. Artigos 37.º e 42.º): é essa a forma a seguir sempre que haja uma situação carecida de tutela e a actuação em juízo das correspondentes pretensões não deva seguir outra forma de processo.”

¹²² Para CORREIA, Sérvulo. *Direito do Contencioso...* 2005, p. 307 releva que “o nível mais densificado de jurisdição administrativa é aquele que se verifica em sistema de dualismo de ordens jurisdicionais. Aí, a natureza administrativa da relação jurídica controvertida dita o emprego do Direito Administrativo num duplo plano substantivo e processual e, no âmbito deste último, com a dupla virtualidade de acarretar a competência dos tribunais administrativos e a aplicabilidade de meios processuais específicos”.

confronto das figuras processuais dos sistemas analisados, o poder de conformação processual pode ser visto sob duplo aspecto: a) a conformação pela parte; b) a conformação pelo juiz da causa.

216. A lógica desenvolvida no contencioso brasileiro dá maior liberdade de conformação pelo particular em relação ao meio processual a escolher, caso queira produzir prova de forma mais ampla ou não, dependendo do que tiver reunido como documentação necessária à propositura da ação e do pedido, se mais abrangente ou não. Se visar, v.g., a anulação de um ato administrativo e a conseqüente reposição patrimonial de parcelas que lhe são devidas em razão da ilegalidade praticada pela Administração, deverá optar pela via ordinária ou comum, visto que se escolhesse o mandado de segurança este não seria o meio processual próprio para reparação de verbas patrimoniais pretéritas^{123 124}.

217. Por outro lado, o poder de conformação do juiz administrativo brasileiro é mais restrito em relação ao sistema português. Ressalta-se um ponto para demonstração do alegado. Se a parte impetrar um mandado de segurança, que é uma ação especial, prevista em lei extravagante, e o juiz verificar que há necessidade de dilação probatória, ou seja, uma produção de prova mais abrangente do que a documental apresentada, o magistrado não tem o poder determinar o seguimento da ação de segurança nos moldes do procedimento comum do CPC. Terá que extinguir o processo sem julgamento de mérito e a parte haverá de ajuizar a ação ordinária.

218. No paradigma português, a intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias, prevista nos artigos 109.º a 111.º do CPTA, o juiz tem liberdade de conformar o processo em quatro opções, segundo sua análise acerca da necessidade e da urgência da medida judicial. Claro que esta facilitação se deve ao fato de a figura processual está inserida no corpo do CPTA, fazendo parte de um sistema processual único, o que não ocorre exatamente no caso brasileiro.

6.2 Alcance do controle de juridicidade dos atos administrativos

¹²³ Em consonância com este entendimento MEIRELLES, Hely Lopes, *Mandado de ...* 2004, p. 110, afirma que a lei do mandado de segurança ressalva as vias ordinárias para o impetrante, dado que a busca de indenização “não pode ser obtida em mandado de segurança”.

¹²⁴ Nesse sentido a súmula 271 do STF: “Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria”.

219. Uma das questões de grande relevância na comparação dos sistemas de justiça administrativa no âmbito do controle dos atos administrativos é a verificação de seu alcance. Dentro desta seara, um dos pontos interessantes de se verificar é justamente a incidência do controle jurisdicional sobre os atos administrativos discricionários. Fala-se hoje em controle de juridicidade e não apenas de legalidade. Nesta esteira de entendimento, MÁRIO E RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, em anotação ao CPTA, comentando o artigo 3.º, afirmam que o conteúdo da norma inscrita no item 1 do artigo 3.º do CPTA não tem por objetivo colocar em oposição legalidade e discricionariedade, visto que os poderes discricionários da Administração estão sujeitos ao controle judicial. O que se procurou manter incólume à análise judicial é o mérito da ação administrativa, área reservada à Administração¹²⁵.

220. Neste segundo aspecto a ser abarcado na comparação, vale destacar a lição de GARCÍA DE ENTERRÍA¹²⁶ que elucida o ponto com propriedade ao afirmar que a reprovação do juiz administrativo em relação à atuação da discricionária da Administração deve se circunscrever, principalmente, sobre os termos estritamente jurídicos, não podendo adentrar aos aspectos políticos do ato e ao aspecto de valoração da oportunidade das decisões que se adotarem. Arremata afirmando que o controle da juridicidade dos atos administrativos encontra sua máxima tensão quando está em pauta a prática de atos discricionários.

221. Os atos discricionários não estão isentos de controle judicial. Mas ressalta ENTERRÍA que *“pueden y deben controlarse los actos discrecionales, pero no por la vía de sustitución de la apreciación política y da oportunidad presente en el acto”*¹²⁷.

¹²⁵ OLIVEIRA, Mário Esteves/Rodrigo Esteves. *Código de Processo Nos Tribunais Administrativos. Volume I. Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais Anotados*. Lisboa: Almedina, 2006, p.122: “a chave da distinção feita no art. 3.º/1 do CPTA – justamente porque não opõe legalidade a discricionariedade, mas juridicidade a mérito – não passa pela afirmação de que o uso dos poderes discricionários se encontra fora do domínio do jurídico (*out of law*), de que a Administração estaria aí submetida apenas a regras de *boa administração* e que portanto as suas decisões discricionárias, não encontrando quaisquer parâmetros normativos de controlo, também não seriam passíveis, em absoluto, em quaisquer circunstâncias, de censura judicial. Não é nada disso, é claro. O poder discricionário é, com efeito, tanto como o poder vinculado, um poder jurídico”.

¹²⁶ ENTERRÍA, Eduardo García/FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo. Volume II*. 10ª edição. Madrid: Thompson Civitas, 2006.

¹²⁷ ENTERRÍA, Eduardo García/FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo. Volume II*. 10ª edição. Madrid: Thompson Civitas, 2006, p.593.

222. Nessa esteira de entendimento, o CPTA dispõe no artigo 3.º, item 1, ao tratar a matéria, deixando explicitamente consignado a limitação dos tribunais administrativos em não adentrarem os aspectos de conveniência e oportunidade do ato discricionário, restringindo-se apenas ao controle das normas e princípios que o vinculem¹²⁸.

223. A doutrina da separação de poderes é a pedra de toque na restrição de o judiciário adentrar o mérito do ato administrativo, constituindo-se em princípio constitucionalmente previsto, “característico da forma de governo democrático-representativa e pluralista ocidental” (FREITAS DO AMARAL)¹²⁹. No mesmo sentido dessa assertiva, PAULO OTERO adverte para o fato de que julgar a Administração não pode se constituir em tarefa de administrar para o judiciário conforme ocorreu com a Administração no século XIX¹³⁰.

224. Em uma primeira ilação do princípio da separação dos poderes surge, de imediato, a concepção sobre a impossibilidade de ingerência do poder judiciário no que diz respeito ao mérito do ato administrativo, ligado aos elementos de conveniência e oportunidade para a sua prática, questões estas que são da esfera própria do administrador público e não do juiz. Vale dizer, estão na livre margem de decisão para a prática do ato.

225. No sentido da evolução de um contencioso de mera anulação para o de plena jurisdição, sobre este item, VASCO PEREIRA DA SILVA demonstra a importância de

¹²⁸ Segundo o artigo 3.º do CPTA, “no respeito pelo princípio da separação e interdependência dos poderes, os tribunais administrativos julgam do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam e não da conveniência ou oportunidade da sua actuação.”

¹²⁹ AMARAL, Diogo Freitas. *Curso de Direito Administrativo. vol.II*. 7ª reimpressão da 1ª edição. Lisboa: Almedina, 2007, p.11 “A separação dos poderes é, depois, um princípio constitucional característico da forma de governo democrático-representativa e pluralista ocidental, e que distingue da forma de governo democrático-popular de matriz comunista, a qual lhe contrapõe o princípio da unidade e da hierarquia dos poderes do Estado. Tal princípio obteve a sua primeira consagração positiva importante na Constituição de Filadélfia de 1787. E pouco tempo depois, teve também presença de destaque na legislação constitucional francesa do período revolucionário. Assim, o artigo 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de Agosto de 1789, afirma solenemente que “toda sociedade, em que não esteja assegurada a garantia os direitos nem determinada a separação dos poderes, não tem constituição”. Direitos fundamentais e princípio da separação dos poderes constituíam, pois, o critério e o conteúdo essencial da Constituição”.

¹³⁰ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública (O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade)*. Lisboa: Almedina, 2007, p.288: “Julgar a Administração não pode ser agora para os tribunais, tal como havia sido para o executivo do século XIX, administrar: os tribunais não podem, apesar de ou ainda que esteja em causa a garantia de direitos subjectivos e de interesses legítimos, assumir uma postura finalístico-estratégica materialmente típica da função administrativa. Uma tal “fuga para o terceiro poder”, além de acabar por o desacreditar, revela-se perigosa”.

“saber se o Contencioso Administrativo se ocupa apenas de questões de legalidade ou também do mérito das decisões administrativas. Questão que é tratada, essencialmente, pelo artigo 3.º do Código de Processo Administrativo¹³¹”. O autor considera uma evolução no sistema português os poderes alargados de injunção dos juízes administrativos, malgrado continuem adstritos ao controle do direito não se imiscuindo em área, segundo sua visão, reservada à Administração o que é próprio do sistema constitucional vigente.

226. Impende salientar, ao que parece, em anotações ao Acórdão do STA no Processo 0881/06, de 06.12.2006, que MARIA FRANCISCA PORTOCARRERO, a respeito da discricionariedade administrativa, ao mesmo tempo em que tece alguns elogios à posição inicialmente adotada pelo STA, apresenta crítica quando esta Corte menciona a possibilidade de verificar qual seria o caminho mais bem trilhado por uma comissão de verificação técnica sobre a adequação de um curso de mestrado a um determinado grupo de domínio científico. Anota que¹³² o STA agiu no caso invadindo esfera própria da Administração ao determinar qual seria o

¹³¹ SILVA, Vasco Pereira da. *O Contencioso Administrativo no Divã* 2005, p. 229/230: “1) a regra geral de que os tribunais julgam apenas do cumprimento do direito por parte da Administração, não se debruçando em princípio sobre questões de mérito ou de oportunidade (vide o n.º 1, do artigo 3º); 2) regra segundo a qual os tribunais podem fixar sanções pecuniárias compulsórias (vide o n.º 2, do artigo 3º), não apenas no domínio do processo executivo (vide o artigo 169º) mas igualmente no processo declarativo (vide o artigo 66º, n.º 3) e no cautelar (vide o artigo 127º, n.º 2). O que constitui uma solução original e de aplaudir já que, para tornar mais eficaz o Contencioso Administrativo, permite-se mesmo a antecipação das referidas sanções para o processo declarativo indo-se mais longe do que similares previsões normativas noutros países europeus. Mas trata-se igualmente de uma excepção parcial à regra anterior, pois, nesse caso o tribunal não está apenas a conhecer da questão do cumprimento ou não do direito aplicável, mas está igualmente a debruçar-se (ainda que de forma limitada) sobre uma questão de oportunidade, que é a da determinação do momento do cumprimento da sentença (ainda em fase declarativa)”.

O mesmo autor conclui que “em síntese, trata-se de alterações muito importantes de natureza dos poderes do juiz administrativo – cuja consagração é de louvar -, e que significam que o Processo Administrativo já não corresponde mais ao tradicional contencioso de “mera anulação”, mesmo se o controlo da actuação administrativa continua a dizer respeito à verificação do cumprimento do direito, sem que o tribunal possa invadir a esfera reservada à Administração. O que corresponde à lógica do modelo constitucional de separação entre a Administração e Justiça, assim como à superação dos “traumas de infância” em que se considerava que “julgar a Administração é ainda administrar” e não apenas “julgar””.

¹³² PORTOCARRERO, Maria Francisca. *Aferição judicial ab extra da legalidade do exercício administrativo discricionário – posição de princípio?*. CJA n.º 66, novembro/dezembro 2007, p.50: “...acontece que isto, na verdade, já não é controlo externo e negativo ... seria, antes, contudo *ab intra*, de mérito, que não cabe aos nossos tribunais! Não pode competir ao tribunal de controlo da legalidade definir o modo de a Administração actuar bem, de ser fiel às suas obrigações, enfim, o pronunciar-se sobre o valor ou o mérito de uma particular forma de actuar da autoridade administrativa em caso de discricionariedade”.

modo dela agir bem dentro de determinados critérios, o que acabou por pronunciar sobre o mérito do ato administrativo.

227. A situação narrada nos autos do processo administrativo que desafiou recurso ao TCA e, posteriormente, ao STA, tratava-se de uma docente licenciada em história que frequentou um curso de mestrado em Recuperação do Patrimônio Arquitetónico e Paisagístico, perante a Universidade de Évora que era reconhecido pelo Ministério da Educação, logrando êxito em sua empreitada, tudo com o escopo de auferir uma espécie de bonificação de quatro anos no seu tempo de serviço. Todavia, teve seu pleito indeferido baseado em parecer com fundamento em uma apreciação de um “grupo de trabalho” que não considerou o mestrado em foco inserido no respectivo grupo de docência a que pertencia (História). O seu pleito final era o pedido de reconhecimento de vício na avaliação do mencionado grupo de trabalho, o que “obrigava” de certa forma a avaliação pelo STA de critérios de mérito, o que efetivamente ocorreu com um determinado grau de intromissão no juízo de valor efetuado pelo grupo aludido, detectando erro quanto ao critério adotado, dando provimento ao recurso da docente.

228. Contudo, conforme o citado Acórdão de 06/12/2006¹³³, o Supremo Tribunal Administrativo deu um passo relevante no controle da juridicidade dos atos

¹³³ Em síntese foi narrado no Acórdão: “A recorrente é licenciada em História e docente profissionalizada do 10.º Grupo A. Entretanto, frequentou o «curso especializado conducente ao mestrado em Recuperação do Património Arquitectónico e Paisagístico» – aberto na Universidade de Évora e reconhecido pelo Ministério da Educação através da Portaria n.º 525/89, de 10/7 – e obteve aí o correspondente grau de mestre. Então, e ao abrigo do disposto no art. 54º do ECD (aprovado pelo DL n.º 139-A/90, de 28/4), a ora recorrente pediu superiormente que se lhe reconhecesse que, por via da aquisição daquele grau académico, tinha direito a uma bonificação de quatro anos no seu tempo de serviço docente. Mas o acto contenciosamente impugnado indeferiu essa pretensão, secundando o parecer de um «grupo de trabalho» onde se entendera que, ao invés do pressuposto naquele art. 54º, o curso de mestrado que a recorrente frequentara não respeitava a um «domínio directamente relacionado com o respectivo grupo de docência». No recurso contencioso que interpôs no TCA, a recorrente assacou ao referido acto um vício de forma, por falta de fundamentação, e vários vícios de violação de lei, por ofensa directa do disposto no Despacho n.º 244/ME/96 e naquele art. 54º e por postergação de quatro princípios, que indicou. Todavia, o aresto recorrido entendeu que nenhum desses vícios se verificava, razão por que veio a negar provimento ao recurso.ite O presente recurso jurisdicional acomete esse acórdão por duas diferentes vias: desde logo, a recorrente assevera que ele é nulo, por omissão de pronúncia; depois, limita-se a insistir na adequação entre o curso de mestrado, que frequentou, e o seu grupo de docência, dizendo que o juízo de indeferimento, acolhido no acto, partiu de pressupostos insuficientes e ilegais e que pode e deve ser corrigido por este STA.

...a recorrente diz que o acórdão pecou por omissão de pronúncia, já que se absteve de analisar «o conteúdo do mestrado» e de o relacionar com os «conteúdos programáticos» da disciplina de História, que ela lecciona”.

administrativos discricionários, não deixando de efetuar-lo, ainda que diante de uma situação que demonstrasse certo grau de conhecimento técnico sobre a questão. Ademais, alguns princípios consagrados na CRP como o da proporcionalidade e, sobretudo, o da justiça e da boa-fé¹³⁴ são instrumentos legislativos eficazes ao controle do judiciário dos atos administrativos discricionários¹³⁵. Frise-se que tanto a atividade de administrar quanto a de julgar

... Contudo, o TCA entendeu que nenhum erro patente ou grosseiro se insinuara na correspondente pronúncia administrativa; e, assim sendo, não se verificava o antecedente donde se poderia extrair a consequência de que impedia sobre o TCA o dever de autonomamente se pronunciar acerca do nexos entre o mestrado da recorrente e o seu grupo de docência.

¹³⁴ Cite-se o artigo 266º, n. 2, da CRP: Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.

¹³⁵ Para enriquecer a comparação que ora se pretende, a situação em tela comportaria no direito processual brasileiro uma série de possibilidades. Poderia a parte autora impetrar um mandado de segurança individual, repressivo, visando a anulação do ato administrativo e a consequente ordem no sentido de determinar à autoridade coatora (a que praticou a ilegalidade) a aceitação do curso de mestrado para os fins previstos nos regimentos próprios para a concessão do benefício. Isto poderia ser formulado dentro dos 120 dias subsequentes ao conhecimento oficial da decisão administrativa, já que estaria sujeita ao prazo decadencial para a impetração. Ressalta-se que no mandado de segurança que seria impetrado, a parte autora poderia requerer a concessão de liminar se presentes os requisitos do artigo 7º da Lei 12.016/2009: o motivo relevante e a ineficácia da medida se deferida somente ao final. Isto em um prazo curto. É comum a análise de liminar pelo juiz no mesmo dia da distribuição da ação de segurança e, até mesmo, sem ouvir a outra parte. Claro que em um juízo de cognição sumária, sujeito a revogação posterior pelo próprio órgão jurisdicional. Pois bem, na hipótese de concessão da segurança, o recurso interposto contra esta será recebido apenas no efeito devolutivo, valendo o comando da sentença até o julgamento da apelação pelo tribunal *ad quem*. Poderia surgir uma ocorrência comum no caso em foco. Como o mandado de segurança brasileiro exige para sua impetração que as provas sejam pré-constituídas, vale dizer, têm de vir acompanhadas com a petição inicial, não cabendo, portanto, dilação probatória, se a impetrante no caso vertente não demonstrasse de plano seu direito líquido e certo, o juiz poderia indeferir a petição inicial e extinguir o processo (absolvição a instância no direito português) sem julgamento de mérito, combinando as normas da Lei 12.016/2009 e do CPC. Surgem daí pelo menos duas situações: a parte impetrante pode se valer de um novo mandado de segurança, se estiver dentro prazo legal (prazo de decadência), porquanto a decisão que extingue o feito sem julgamento do mérito não tem o condão fazer coisa julgada material e se ela conseguir reunir os documentos necessários para suprir a falta, nada a impedirá no sistema jurídico brasileiro de lançar mão deste instrumento processual novamente. Por outro lado, se for realmente o caso de necessitar de dilação probatória, seja a produção de prova pericial, testemunhal ou outra qualquer, poderá ajuizar ação no procedimento comum, seja ordinário ou sumário, dependendo da circunstância. Para garantir seu direito de forma rápida, poderá pleitear a concessão de uma tutela antecipada, caso busque de plano a questão de fundo. Mas se for necessária alguma medida de cunho cautelar poderá se valer de uma ação cautelar inominada, preparatória ou incidental ao processo principal, com possibilidade de liminar *inaudita altera parte*. Caso deferida a medida, deverá intentar a ação principal no prazo de 30 dias a contar a efetivação desta, na hipótese de ser preparatória. Observa-se, portanto, que a utilização do mandado de segurança não é excludente das demais vias colocadas à disposição do cidadão contra os eventuais abusos perpetrados na atividade administrativa estatal contra o particular.

estão submetidas ao primado da legalidade, consoante afirma MERKL¹³⁶. Pois bem, o judiciário somente pode se pronunciar sobre o mérito do ato discricionário em controle posterior a sua prática em análise de sua conformação ao direito ou ao bloco de legalidade, ampliado, atualmente, com a positivação de alguns princípios.

229. Pois bem, esse sempre foi o entendimento tradicional tanto na doutrina quanto na jurisprudência na seara da jurisdição materialmente administrativa no Brasil. Ocorre, todavia, que diante da Constituição de 1988, deu-se um passo adiante na questão e a jurisprudência em alguns casos vem se pronunciando no sentido de ser lícito ao judiciário se imiscuir, de certa forma, no mérito do ato administrativo discricionário, mormente em razão da positivação no texto constitucional de vários princípios em que a Administração está submetida, consoante frisado, entre eles, o da moralidade administrativa. Consequentemente, tem havido uma releitura do conceito da legalidade incluindo os princípios constitucionais e os infralegais, sobretudo os do artigo 37 da Lei Fundamental. A sua consideração pelo julgador permite tocar a esfera do mérito do ato sem, contudo, sair do raio de controle da juridicidade da atuação administrativa.

230. Não se trata de inverter o papel e impor uma superioridade à discricionariedade judicial em detrimento da discricionariedade administrativa, como indaga COLAÇO ANTUNES ao fazer considerações sobre a nova justiça administrativa portuguesa¹³⁷.

231. Tampouco seria a usurpação do poder judiciário da função administrativa específica da Administração, conforme alerta PAULO OTERO ao abordar aspectos da jurisdicionalização do contencioso administrativo e o risco da evolução do sistema de controle judicial chegar a um “controle total” da atividade

¹³⁶ MERKL, Adolfo. *Teoría General Del Derecho Administrativo*. Tradução de José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, S.L., 2004, p. 50: “Hablando paradigmáticamente, la ley es superior a la ordenanza, al acto administrativo individual, a la sentencia judicial y, reciprocamente, estos actos están subordinados a la ley”.

¹³⁷ ANTUNES, Luís Felipe Colaço. *A Teoria do Acto e a Justiça Administrativa. O Novo Contrato Natural*. Almedina, 2006, p.19/20: “A revisão da nova e garantística justiça administrativa não vai ser feita pelos chamados “conservadores” mas pelos novos “progressistas”. Naturalmente, sob o impulso do princípio da realidade, que entre nós não tem sido mais do que o mesmo argumento para diversos fins. Será que a partida vai ser ganha pelo direito processual ao direito administrativo substantivo, quando o direito comunitário nos aproxima vertiginosamente do sistema da *commom law*? Será que a discricionariedade do juiz se vai impor à discricionariedade da Administração, nascente o papel regulador do acto administrativo?”

administrativa, ressaltando que os órgãos judiciais são carecedores de uma “legitimidade político-eleitoral”.¹³⁸

232. Com efeito, é notória a atividade legislativa moderna no sentido de reduzir o campo de livre decisão do administrador com a ampliação do bloco de legalidade, com a inclusão de princípios como o da moralidade administrativa e o da proporcionalidade, inclusive em nível constitucional.

233. A propósito do tema, o próprio STJ decidiu no REsp 429570 / GO, cuja Relatora foi a Ministra Eliana Calmon, no sentido da nova concepção acerca do controle judicial do mérito do ato administrativo, ao se utilizar das regras principiológicas da moralidade administrativa, na esteira de que é possível sindicar esta zona valendo-se, também, dos critérios de razoabilidade ao realizar o juízo de ponderação sobre o bem jurídico a ser tutelado.¹³⁹

234. Em voto proferido na apelação em Ação Civil Pública perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região – nº 2006.43.00.000491-4/TO¹⁴⁰, o Desembargador

¹³⁸ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública (O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade)*. Almedina, 2007, p. 287: “Há aqui como que um risco de retorno invertido à indiferenciação entre julgar e administrar: o protagonismo do juiz administrativo no controle da Administração Pública, chegando até a falar-se na ideia de um “controle total”, poderá bem provocar o risco de substituição de um critério administrativo politicamente legitimado de decisão por um critério judicial decisório sem legitimidade político-eleitoral e sem possibilidade de revisão por órgãos de outro poder de Estado”.

¹³⁹ A ementa do Acórdão proferido no Recurso Especial perante o STJ expressa bem o entendimento moderno do judiciário brasileiro, ou pelo menos uma tendência que cresce a cada dia entre os juízes e tribunais acerca do controle dos atos administrativos: “ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. 1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la. 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. 4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la. 5. Recurso especial provido”.

¹⁴⁰ “**a possibilidade de avaliação jurisdicional da discricionariedade administrativa.**

Por força do que dispõem o art. 96, I, “a”, da Constituição Federal e o art. 21, incisos III e V, da Lei Complementar nº 35/79, cabem aos Tribunais a regulamentação do funcionamento de seus órgãos e serviços, competência por certo marcada pelo traço característico da discricionariedade, dada a ausência de regulamentação legal vinculante acerca dos termos desse funcionamento. Insere-se dentro desse poder regulamentar a designação das sessões de que trata o art. 1º da Lei nº 8.350/91.

Há que se reconhecer, assim, que ao editar e publicar o ato normativo infralegal cujos efeitos se pretende obstar, o TRE/TO sem dúvida atuou em espaço relativo à sua discricionariedade administrativa, já que os dias e horários de funcionamento do seu órgão colegiado são matérias que se

que relatou o processo expôs, com clareza, em alguns trechos, sobre a necessidade do exercício da sindicabilidade dos atos discricionários, citando, com propriedade, a análise percuciente do Ministro Cezar Peluso, do STF, na AI 544.415, nos termos da qual não repousa mais a rigidez do passado sobre o controle do mérito do ato discricionário, conforme recente entendimento jurisprudencial, reforçando a tese de que, em certo modo, nunca foi afastado de tal possibilidade o controle de legalidade.

235. Na referida apelação em Ação Civil Pública, o que estava em questionamento era o exercício do poder discricionário efetuado por um tribunal eleitoral, com base em preceito constitucional, o artigo 96, I, "a" da CRB de 1988, que confere liberdade aos tribunais para a fixação do horário de seu funcionamento, inserida na margem de livre decisão destes órgãos de soberania. Contudo, na situação vertente, houve extrapolação dos limites da discricionariedade. Ao exercer o juízo de ponderação levando em conta os critérios de moralidade e razoabilidade, o Desembargador Federal registrou que o ato administrativo perpetrado pelo TRE/TO merecia censura por parte do judiciário federal.

inserir na conveniência e oportunidade do próprio Tribunal.

Todavia, sua discricionariedade não está fora do âmbito da apreciação judicial, pois "a regra segundo a qual o Poder Judiciário não pode sindicado o mérito, além de atualmente não ostentar a rigidez do passado, seguros entendimentos jurisprudenciais recentes, nunca afastou a possibilidade de verificação da legalidade deste, ainda que se trate de ato discricionário, onde se caracteriza a oportunidade e conveniência da Administração Pública" (STF, AI 544.415, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 27/05/05) (como no original).

Em acréscimo, apesar do texto citado não mencionar' textualmente, convém assinalar que além da legalidade strictu sensu, o exercício da discricionariedade deve guardar harmonia com as normas constitucionais expressas e até mesmo com princípios.

Não é por outro motivo que Odete Medauar, citada na decisão concessiva da liminar, ensina que "a discricionariedade significa uma condição de liberdade, mas não liberdade ilimitada; trata-se de liberdade onerosa, sujeita a vínculo de natureza peculiar. É uma liberdade-vínculo. Só vai exercer-se com base na atribuição legal, explícita ou implícita desse poder específico a determinados órgãos ou autoridades. Por outro lado, o poder discricionário sujeita-se não só às normas específicas para cada situação, mas uma rede de princípios que asseguram a congruência da decisão ao fim de interesse geral e impedem seu uso abusivo". (destacou-se)

Esta orientação é compartilhada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, tratando especificamente do princípio da moralidade administrativa, afirmou que "a atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais. (ADI 2.661-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 23/08/02)".

236. ODETE MEDAUER destaca que o poder discricionário não é ilimitado, pelo contrário, encontra-se atrelado às normas e princípios que se apresentam como elementos fundamentais para evitar a existência de abuso de direito¹⁴¹. Claro que não se há de confundir poder discricionário com mérito do ato administrativo. Contudo, é na prática do ato discricionário que se tem a possibilidade de livre margem de decisão sobre o mérito deste.

237. Incumbe salientar que as bases do princípio da moralidade administrativa foram lançadas em Portugal, sobretudo do que se extrai do artigo da lavra de ANTÔNIO JOSÉ BRANDÃO¹⁴² que, escrevendo sobre este princípio, invoca a importância deste no âmbito da atividade administrativa. Ao discorrer sobre o tema indica o precursor de sua inserção na seara do direito administrativo que foi justamente HAURIUO ao discorrer sobre a doutrina do recurso baseado na questão do desvio de poder declarou como “zona de policiamento” da decisão administrativa a “moralidade administrativa”, cujo conceito deve ser extraído da “disciplina interna da Administração”.

238. Contudo, ao que parece, em uma primeira impressão, tais sementes não encontraram solo fértil na doutrina portuguesa, conforme destaca GERMANA DE MORAES¹⁴³, já que mereceu crítica por parte de MARCELO CAETANO,

¹⁴¹ MEDAUER, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 9ª Edição. Revista dos Tribunais, 2005, p.126: “A discricionariedade significa uma condição de liberdade, mas não liberdade ilimitada; trata-se de liberdade onerosa, sujeita a vínculo de natureza peculiar. É uma liberdade-vínculo. Só vai exercer-se com base na atribuição legal, explícita ou implícita, desse poder específico a determinados órgãos ou autoridades. Por outro lado, o poder discricionário sujeita-se não só às normas específicas para cada situação, mas a uma rede de princípios que asseguram a congruência da decisão ao fim de interesse geral e impedem seu uso abusivo”.

¹⁴² BRANDÃO, Antônio José. *Moralidade Administrativa in Boletim do Ministério da Justiça. Volume I*. 1947, p.50/73: “foi Hauriou, esse fecundo e operoso agitador de ideias, quem pela vez primeira falou em moralidade administrativa. Em uma das suas magistrais anotações aos Acórdãos do Conselho de Estado (caso Gommel, Sirey, 1917, III, 25), desenvolveu, com maior brilhantismo do que transparência, a seguinte tese audaciosa: a legalidade dos actos jurídicos administrativos é fiscalizada pelo recurso baseado na violação da lei; mas a conformidade desses actos aos princípios basilares da <<boa administração>>, determinante necessária de qualquer decisão administrativa, é fiscalizada por outro recurso, fundado no desvio de poder, cuja zona de policiamento é a zona da <<moralidade administrativa>>.” Referindo-se à 10ª edição da obra de Hauriou, o mencionado autor cita o conceito indicado pelo administrativista Francês sobre a moralidade administrativa como: “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da administração. Noção que, na edição seguinte, melhor esclareceu, muito embora aí se refira, de preferência, à <<disciplina interna da Administração>>”.

¹⁴³ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2ª edição. São Paulo: Dialética, 2004, p.118, nota 121.

administrativista lusitano de nomeada. Com efeito, nos dois sistemas há instrumentos suficientes para o exercício do controle jurisdicional dos atos discricionários da Administração, ressaltando que no Brasil há uma atividade mais intensa no controle judicial do mérito do ato administrativo discricionário do que em Portugal, o que marca, sobretudo, uma diferença de raiz histórica, sendo o primeiro, na parte judicial, ligado mais ao sistema da common law, e o segundo ao sistema continental, em que se acentua mais a separação das funções jurisdicional e administrativa.

6.3 Meios de coerção para o cumprimento das decisões judiciais.

239. O terceiro ponto de abordagem importante cinge-se ao aspecto dos meios coercitivos colocados à disposição do juiz para tornar efetiva a decisão proferida na fase declarativa ou cognoscitiva ou, ainda, de conhecimento, isto no curso desta quando prolata decisões provisórias e, também, na fase de execução.

240. O CPTA define no artigo 3.º poderes aos tribunais administrativos podendo fixar um prazo para que a Administração cumpra a sentença, permitindo, inclusive, fixação de sanção pecuniária compulsória para tal finalidade. O regime sobre a fixação desta sanção pecuniária está registrado no artigo 169.º que trata da matéria com detalhe.

241. Um dos aspectos relevantes deste meio de coerção cinge-se ao fato de que sua aplicação recai sobre o titular do órgão incumbido da execução da sentença. Nota-se que no instante em que a sanção é dirigida ao titular do órgão e não diretamente ao órgão, a medida é dotada de maior eficácia, porquanto obriga de forma incisiva ao agente que é responsável pela materialização do direito vindicado a cumprir o julgado. CARLOS CADILHA, desenvolvendo o tema, suscita a questão da necessidade de fundamentação da medida e de ouvir a entidade demandada e as pessoas envolvidas sobre as quais recaiam as sanções¹⁴⁴. De fato, o critério da

¹⁴⁴ Desenvolvendo o tópico sobre a sanção pecuniária compulsória, CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Dicionário de Contencioso Administrativo*. Lisboa: Almedina, 2006, p. 646, dispõe que “em qualquer caso, a aplicação da medida carece de ser fundamentada e, tratando-se de uma medida sancionatória, não pode ser adoptada sem prévia audição da entidade e das pessoas sobre as quais recai a cominação (artigo 3.º, n.º 3, do CPC). Por outro lado, como resulta do disposto nos artigos 3.º, n. 2, e 169.º, n.º1, do CPTA, a aplicação da medida compulsória pressupõe a fixação prévia de um prazo para a execução da sentença, sendo que só o incumprimento injustificado desse prazo é que torna efectiva a cominação.”

razoabilidade, eleito pelo legislador no item 2 do artigo 169.º, requer do juiz a ponderação no sentido de ouvir a parte responsável sobre o incumprimento.

242. No contencioso brasileiro, as sanções pecuniárias são em geral aplicadas à pessoa jurídica obrigada a cumprir a decisão judicial. Contudo, o parágrafo único do artigo 14 do CPC, incluído pela Lei 10.358/01, inovou instituindo a possibilidade de o juiz aplicar sanção pecuniária diretamente ao agente responsável por cumprir a determinação judicial. Com isto confere-se maior eficácia às decisões judiciais, tendo reflexo direto nos meios coercitivos para o seu cumprimento, visto como o juiz pode alertar no corpo da decisão para a possibilidade de aplicação do dispositivo em caso de não cumprimento da ordem. Ressalta-se que tal medida pode ser aplicada na fase de conhecimento antes mesmo da sentença, quando, por exemplo, o magistrado profere uma decisão interlocutória. Malgrado a sanção tenha um caráter punitivo, conforme ressaltado (item 191), não deixa de ter um efeito coercitivo sobre o responsável pelo cumprimento da ordem judicial.

243. Uma diferença digna de nota é que em Portugal a liquidação das importâncias devidas é feita pelo próprio tribunal administrativo. Já no Brasil, a sanção aplicada é inscrita em dívida ativa da União e executada, se for o caso, pela Fazenda Nacional, isto, é claro, no âmbito da União.

244. Uma questão interessante surge da análise do disposto no artigo 167.º, item 6 do CPTA que admite a adoção de sentença substitutiva, quando estiver em causa a prática de ato administrativo legalmente devido de conteúdo vinculado (conforme, também, o item 3 do artigo 3.º). A primeira inferência que se tira é a de que não se configura quebra do princípio da separação de poderes. Tal poder de pronúncia, conferido ao juiz administrativo, circunscreve-se ao ato de natureza vinculada, pressupondo que todos os seus elementos estejam previstos na lei.

245. Poder-se-ia dizer que no controle judicial da Administração no Brasil não há instrumento semelhante. E mais, que no mandado de segurança não há esta hipótese, dado que o descumprimento da sentença geraria apenas as responsabilidades devidas para a autoridade coatora.

246. Contudo, na realidade, no próprio pedido do mandado de segurança, o caráter mandamental da sentença, muitas vezes já se configura como uma substituição *modus in rebus* do ato a ser praticado pela autoridade coatora. Seria o exemplo de alguém que foi reprovado em um concurso público para o provimento de determinado cargo no âmbito da Administração Pública em face de não ter sido considerado um determinado título que possuía. Pode, então, o juiz determinar a consideração do título e, caso atinja a nota suficiente, declarar aprovado o impetrante com direito a nomeação.

247. Observa-se que a pronúncia do juiz neste caso não se limita à verificação do critério de legalidade do ato praticado, mas tem efeitos subseqüentes e lógicos e que estão na esfera do controle exercido pelo judiciário. Pode-se afirmar, em certo grau, que o comando da sentença “substitui” o ato ou os atos administrativos que seriam adequados.

248. No contencioso brasileiro, quando se trata de obrigação de fazer ou de não fazer, conforme já abordado, o juiz pode conceder tutela específica, de acordo com o artigo 461 do CPC com poderes alargados, podendo fixar multa compulsória. São medidas de extrema eficiência que dão um poder um pouco mais amplo ao juiz brasileiro, porquanto pode se valer de meios coercitivos mais drásticos para a efetivação da tutela concedida, ainda que em termos provisórios, como é o exemplo de busca e apreensão de pessoas e coisas, inclusive com a possibilidade de requisitar a força policial, caso haja resistência à ordem.

7. CONCLUSÃO

7.1 Quanto à jurisdição administrativa portuguesa

1. A jurisdição administrativa portuguesa tem um grande desafio a cumprir. Por um lado, a ampliação dos poderes de pronúncia dos juízes administrativos é algo que gera o aplauso por parte da doutrina, mas, por outro lado, desperta desconfiança de alguns juristas. Um dos aspectos invocados é a ausência de uma

estruturação que comporte a demanda advinda da nova realidade com a reforma de 2002.

2. A reforma do contencioso administrativo de 2002 que entrou em vigor em 2004, aumentou significativamente os poderes de pronúncia dos juízes e tribunais administrativos, marcando uma transformação substancial para um contencioso de plena jurisdição, com enfoque na teoria subjetiva, mormente na tutela efetiva dos direitos e interesses legalmente protegidos, consubstanciado na possibilidade dos particulares de impugnar quaisquer atos administrativos que os lesem; na busca judicial para determinar a Administração à prática de atos legalmente devidos; na abertura para a utilização de medidas cautelares adequadas e, por último, no direito de impugnar as normas administrativas com eficácia externa lesivas dos direitos ou interesses legalmente protegidos, tudo conforme descrito nos itens 4 e 5 do artigo 268.º da CRP.

3. Nesse sentido, defendemos que a competência da justiça administrativa delineada na CRP de 1976 é de natureza absoluta. Consequentemente, devem ser consideradas inconstitucionais todas as normas que atribuem o julgamento de questão da relação jurídica administrativa a outra ordem jurisdicional.

4. A justiça administrativa portuguesa, inserida na categoria de Tribunais, segundo a CRP, portanto como órgão de soberania e pertencente ao poder judicial, terá que laborar em um exercício contínuo de, sem quebrar as regras da separação de poderes, não deixar de ousar no controle jurisdicional atividade discricionária da Administração Pública, utilizando-se dos critérios principiológicos, introduzidos na CRP de 1976, mormente a proporcionalidade, justiça e boa-fé.

5. Constata-se uma tendência da justiça administrativa em Portugal em mudar de atitude no que tange ao controle judicial da função administrativa discricionária, pelo que o próprio STA já demonstra sinais na alteração de postura, decidindo em caso concreto no qual emite pronunciamento sobre aspecto de discricionariedade de ato administrativo desta natureza, sem se substituir ao Administrador.

6. Verifica-se um grande avanço com a aludida reforma do contencioso administrativo português, mas cremos que existe um caminho a percorrer na consolidação do sistema, porquanto tem de absorver uma série de instrumentos

novos, verificar os acertos legislativos, os eventuais equívocos e, acima de tudo, considerar a adequação da realidade social que influencia diretamente na moldagem legislativa.

7. Não obstante, são necessárias modificações legislativas na esteira de abandonar “velhos ranços” da aproximação com a Administração Executiva, e consolidar de vez a plenitude de jurisdição, inclusive com um processo executivo sem a possibilidade de substituição “fácil” pelo método da indenização, o que pode propiciar a manutenção na ordem jurídica de algumas ilegalidades.

7.2 Quanto à jurisdição administrativa brasileira

1. Do que foi exposto, pode-se afirmar a existência da jurisdição materialmente administrativa no Brasil coerente com o sistema de jurisdição única, dentro de um pluralismo de órgãos jurisdicionais, visto que há situações especiais regidas pelas relações jurídicas administrativas, fruto de aplicação de normas ao abrigo de direito administrativo.

2. No mesmo sentido, viu-se que a tendência no sistema judiciário brasileiro, mormente no federal, é o da especialização das matérias de direito público, ou seja, daquelas afetas à jurisdição materialmente administrativa, resultando em uma organização interna da justiça federal, em todos os níveis, voltada para o que se denomina de contencioso administrativo na Europa.

3. O desenvolvimento da jurisdição materialmente administrativa no seio da justiça federal, que tem vocação para o julgamento das matérias de direito público, faz deste órgão uma especialização imperfeita da justiça administrativa da União, porquanto não tendo previsão constitucional como justiça administrativa especificamente, sendo justiça comum, é o foro competente onde se desenvolvem com vigor as ações que se amoldam ao contencioso administrativo judicializado.

4. Ademais, além da competência dos juízes federais, nos tribunais federais e no Superior Tribunal de Justiça são detectadas Turmas e Seções especializadas no contencioso administrativo, embora a feição genérica dos tribunais seja de justiça comum, surgindo estas especializações na sua estrutura orgânica. Consequentemente, pode-se aquilatar, mesmo organicamente, um esboço de uma

justiça administrativa também no Brasil em comparação com a nova roupagem judicial que lhe foi dada na Europa.

5. Há necessidade de melhor regramento do Direito Processual Administrativo, na ótica judicial, não vinculado ao tradicional conceito de processo administrativo no significado da parte graciososa exercida extrajudicialmente, mas como disciplina própria, já que, a rigor, está mal inserido no campo do Processo Civil, uma vez que a relação substantiva que visa tutelar é de Direito Administrativo e não de Direito Civil com o intuito de organizar melhor este ramo do direito processual em face de suas peculiaridades existentes.

6. Afigura-se necessária uma formação profissional mais especializada na área do direito público, sobretudo no que diz respeito aos direitos administrativo e constitucional, com reformulação da parte curricular das faculdades de direito quanto a esse aspecto.

7. Há, também, uma necessidade imperiosa de reforma no Brasil no que se refere às “prerrogativas” que a Administração Pública tem no âmbito do processo judicial que, na verdade, são privilégios inaceitáveis na concepção moderna de Estado de Direito, que tem por escopo, sobretudo, a tutela dos direitos, liberdades e garantias, além dos direitos subjetivos e os interesses protegidos pelo direito, o que exige uma igualdade material entre os particulares e a Administração no interior do processo judicial. Tal posicionamento não conflita com o interesse público. Ressalta-se que o interesse público não pode ser alegado nesta seara da forma como vem sendo tratado com o fito de justificar todas as posições autoritárias da Administração, chanceladas pelo judiciário brasileiro sem maiores reflexões sobre o tema, ou seja, decide-se favoravelmente a estes privilégios mais como tradição do que realmente por convicção jurídica, já que, conforme visto, são regras que acabam por contribuir fortemente para a morosidade da justiça, atingindo um princípio maior, o da efetividade da tutela jurisdicional.

8. Com efeito, mister se faz a modificação legislativa, colocando fim em todos os privilégios processuais da Fazenda Pública, instituindo, de fato, o princípio da igualdade entre as partes, ou na linguagem portuguesa, a igualdade de armas no âmbito processual, procurando harmonizar as regras de tal forma que não haja

superioridade processual a nenhuma das partes envolvidas no processo administrativo judicial, seja o particular, seja a Administração Pública. Pode-se adotar, também, o sistema de controle abstrato da legalidade tal como ocorre em Portugal, o que contribuiria para a redução do número de demandas repetidas no judiciário.

9. O sistema brasileiro de jurisdição materialmente administrativa tende a exercer um controle mais alargado do ato administrativo discricionário, chegando a tocar, por via oblíqua, o próprio mérito, sem, no entanto, romper com a separação dos poderes. O princípio da moralidade, positivado no texto da CRB, surge como base fundamental para que se exerça o controle judicial de tal maneira.

10. Finalmente, após as análises efetuadas podemos aquilatar que o sistema de jurisdição especializada administrativa apresenta uma série de vantagens, tais como, o conhecimento mais apurado do juiz que atua na área, o desenvolvimento de normas processuais mais consentâneas à tutela jurisdicional efetiva e a conseqüente agilização na solução dos conflitos oriundos da relação jurídica administrativa.

ABREVIATURAS

CPC - Código de Processo Civil

CPTA - Código de Processo nos Tribunais Administrativos

CRB – Constituição da República Federativa do Brasil

CRP – Constituição da República de Portugal

CJA – Cadernos de Justiça Administrativa

ETAF – Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais

LPTA – Lei de Processo nos Tribunais Administrativos

STA – Supremo Tribunal Administrativo

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRE – Tribunal Regional Eleitoral

TRF – Tribunal Regional Federal

TRF's – Tribunais Regionais Federais

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, José Carlos Vieira. *Tutela cautelar*. Caderno de Justiça Administrativa nº 34, julho/agosto 2002, p. 45 a 53.

_____. *Justiça Administrativa (Lições)*. 9ª edição. Coimbra: Almedina, 2007.

AMARAL, Diogo Freitas do / ALMEIDA, Mário Aroso de. *Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo*. 3ª edição. Lisboa: Almedina, 2007.

AMARAL, Diogo Freitas. *Curso de Direito Administrativo*. vol. II. 7ª reimpressão da 1ª edição. Lisboa: Almedina, 2007.

ANTUNES, Luís Felipe Colaço. *A Teoria do Acto e a Justiça Administrativa – O Novo Contrato Natural*. Almedina, 2006.

ALMEIDA, Mário Aroso. *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*. 4ª edição. Lisboa: Almedina, 2007.

_____. *O objecto do processo no novo contencioso administrativo*. CJA n. º36, Novembro/Dezembro 2002.

ALMEIDA, Mário Aroso/CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*. 2ª edição. Almedina, 2007.

BRANDÃO, Antônio José. *Moralidade Administrativa*. Boletim do Ministério da Justiça, volume I, 1947.

CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Dicionário de Contencioso Administrativo*. Lisboa: Almedina, 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003.

CASSESE, Sabino. *La Globalización Jurídica*. Tradução de autores vários. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2006.

- CAUPERS, João. *Introdução ao Direito Administrativo*. 9ª edição. Lisboa: Âncora, 2007.
- CORREIA, Sérvulo. *Direito do Contencioso Administrativo I*. Lisboa: Lex, 2005.
- COSTA, Dilvanir José da. *O Contencioso Administrativo no Brasil (Uma proposta de reforma do Poder Judiciário)*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, vol 30, nºs 28/29, 1985/1986.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17ª edição. São Paulo: Atlas, 2004.
- DANTAS, José Fernandes. *O Tribunal Federal de Recursos e o Contencioso Administrativo*. Revista Forense, Abril/maio/junho de 1984.
- ENTERRÍA, Eduardo García/FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. 13ª edição. Madrid: Thomson Civitas, 2006.
- _____. *Curso de Derecho Administrativo II*. 10ª edição. Madrid: Thomson Civitas, 2006.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *Las Transformaciones de la Justicia Administrativa*. Madrid: Thomson Civitas, 2007.
- ESTORNINHO, Maria João. *A reforma de 2002 e o âmbito da jurisdição administrativa*. Caderno de Justiça Administrativa nº 35, setembro/outubro de 2002.
- FAGUNDES, M. Seabra. *Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo Uma discusión sobre derecho y democracia*. Tradución: Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2006.
- GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *Do Conselho de Estado ao actual Supremo Tribunal Administrativo*. Lisboa: STA, 2005.
- GOHIN, Olivier. *Contentieux Administratif*. 3ª Édition. Paris: Litec, 2002.
- JUNIOR, Humberto Teodoro. *Código de Processo Civil Anotado*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- JÚNIOR, J. Cretella. *O “Contencioso Administrativo” Inexistente*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Volume LXXIX, Janeiro-Dezembro, 1984.

___, *O Direito Administrativo Inglês*. Brasília: Revista Informativa do Legislativo, a. 25, n.99 jul/set, 1998.

MACHETE, Rui Chancerelle. *Execução das sentenças administrativas*. Caderno de Justiça Administrativa nº 34, julho/agosto 2002, p. 54 a 64.

MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Tradução: Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

MERKL, Adolfo. *Teoria General Del Derecho Administrativo*. Tradução: José Luis Monereo Pérez. Granada: Editorial Comares, S.L., 2004.

MIRANDA, Jorge. *Os parâmetros constitucionais da reforma do contencioso administrativo*. CJA nº 24, novembro/dezembro, 2000.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 9ª Edição. Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 27ª edição. Malheiros, 2004.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2ª edição. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA, Marisa Zandonai. *Recepção pela nova ordem constitucional dos arts. 23 e 25 da lei complementar paranaense nº 1/72 (instituidora do conselho de contribuintes e recursos fiscais)*.
www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/Congresso/utese27.htm

OLIVEIRA, Mário Esteves/ OLIVEIRA, Rodrigo Esteves. *Código de Processo Nos Tribunais Administrativos. Volume I. Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais Anotados*. Lisboa: Almedina, 2006.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública (O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade)*. Lisboa: Almedina, 2007.

PORTOCARRERO, Maria Francisca. *Aferição judicial ab extra da legalidade do exercício administrativo discricionário – posição de princípio?*. CJA n.º 66 novembro/dezembro, 2007 – Anotação ao Acórdão do STA (1ª Secção) de 6.12.2006 – Processo 881/06 – p.34/52.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução: Doutor Rogério Ehrhardt Soares. Paris: Almedina, 1981.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La Teoria General Del Derecho Administrativo Como Sistema*. Tradutores vários. Madrid: Instituto Nacional de Administração Pública, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2003.

SILVA, Vasco Pereira da. *Para um Contencioso Administrativo dos Particulares. Esboço de uma teoria subjectivista do recurso directo de anulação*. Lisboa: Almedina, 1997.

____, *Todo o contencioso administrativo se tornou de plena jurisdição*. Caderno de Justiça Administrativa nº 34, julho/agosto 2002, p.24 a 32.

____, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise (Ensaio Sobre as Acções no Novo Processo Administrativo)*. Lisboa: Almedina, 2005.

____, *O Contencioso Administrativo Como “Direito Constitucional Concretizado” ou “Ainda Por Concretizar”?*. Lisboa: Almedina, 1999.

____, *Ventos de Mudança no Contencioso Administrativo*. Lisboa: Almedina, 2005.

SOUZA, Miguel Teixeira de. *Cumulação de pedidos e cumulação aparente no contencioso administrativo*. CJA n.º 34, julho/agosto 2002, p.33/39.

SOUSA, Marcelo Rebelo de/ MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral. Tomo I*. 2ª edição. Lisboa: Dom Quixote, 2006.

WADE, H.W.R.. *Administrative law*. 5ª edição. Oxford: Clarendon Press, 1985.

WOLFF, Hans J. /BACHOF, Otto/STOBER, Rolf. *Verwaltungsrecht (Direito Administrativo). Volume 1*. 11ª edição. Tradução: António F. de Souza. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

ESTUDO COMPARADO DOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA AS DEMANDAS DE MASSA NO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO PORTUGUÊS E PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

ROBERTA PONTES CAÚLA REIS

1. INTRODUÇÃO

O Estado, ao proibir a tutela privada, assumiu o compromisso de tutelar adequadamente e com efetividade as diversas demandas existentes na sociedade. O Estado avocou para si essa atividade, com exclusividade, justamente para evitar que os cidadãos fizessem “justiça com as próprias mãos” e, com isso, ensejassem um ciclo vicioso de novos conflitos, motivados por vinganças, retaliações etc.

Num contexto em que a exclusividade e a inafastabilidade da jurisdição estatal requerem uma efetiva realização dos direitos materiais, depreende-se o dever estatal de criar e manter estruturas judiciárias e sistemas jurídico-processuais justos, democráticos e igualitários, em condições de garantir o pleno acesso à justiça a todos os cidadãos que deles se valerem, com decisão final efetiva¹.

Hoje há uma clara e inequívoca tendência em ver o processo como importante instrumento de realização do direito material (ferramenta para solucionar os litígios que costumam a ocorrer na vida em sociedade).

Houve, portanto, uma centralização para o objetivo processual no sentido de

¹ Segundo HORÁRIO WANDERLEY RODRIGUES, o termo “justiça” não significa “judiciário”. Deve-se observar o conteúdo axiológico daquele termo. O seu acesso deve ser visto como um acesso a uma ordem de valores fundamentais para a humanidade, que, por ser mais ampla, engloba também a idéia de acesso ao judiciário (RODRIGUES, Horário Wanderley. *Acesso à justiça no Direito Brasileiro*. Acadêmica, São Paulo, 1994, pág. 28).

proporcionar resultados práticos que dele são esperados. A sua utilidade passou a ser medida diretamente em função dos benefícios práticos que pode proporcionar aos cidadãos, aos detentores de interesses juridicamente protegidos no ordenamento material.

O processo, portanto, volta-se ao escopo máximo de proporcionar, de forma mais plena possível, o acesso à justiça efetiva.

Realce-se que o direito geral de acesso à justiça não é um direito fundamental como outro qualquer. É um direito natural e fundamental em si próprio, mas é também um direito essencial para o reconhecimento de todos os direitos subjetivos fundamentais (bem como das garantias de proteção dos mesmos). Por isso, torna-se interessante reconhecer um duplo viés desse direito ora em análise. BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS denomina o direito de acesso a justiça de um direito *charneira*², já que dele depende a concretização de todos os outros direitos subjetivos fundamentais, como dito acima. Logo, tal direito deve ser assegurado, não apenas como um mero direito fundamental autônomo, mas também como um viabilizador, concretizador, de todos os outros direitos subjetivos fundamentais. O direito geral de proteção jurídica, portanto, corresponde ao meio, por excelência, de defesa e proteção dos direitos fundamentais³.

²Apud BEZERRA, Paulo "O Acesso aos Direitos e à Justiça", Boletim da Faculdade de Direito, 81, 2005, pág. 792). (Aurélio: "Verbete: charneira. Reunião de duas peças de madeira ou de metal encravadas num eixo comum, em torno do qual uma pelo menos é móvel.").

³ Sobre os remédios de proteção dos direitos fundamentais de aplicação imediata (dirs, liberdades e garantias): cabe trasladar os comentários de JOSÉ VIEIRA DE ANDRADE: a) "direito de resistência (individual) a quaisquer ordens que ofendam os seus direitos, liberdades e garantias." (...) b) "O particular que se considere ofendido nos seus direitos liberdades e garantias têm ainda direito de recorrer aos órgãos de soberania ou outras autoridades (artigo 52, n.1) e, especificamente, ao Provedor de Justiça (artigo 23). O direito de petição, reclamação ou queixa aos órgãos de soberania ou outras autoridade é um meio fundamentalmente político que não dá, por si, garantias suficientes, nem é especialmente eficaz a não ser quando associado a outros mecanismos de pressão política, incluindo a realizada através da comunicação social." (...) c) **"O meio de defesa por excelência dos direitos, liberdade e garantias continua a ser, no entanto, constituído pela garantia, a todas as pessoas, de acesso aos tribunais, para defesa da generalidade dos seus direitos e interesses legalmente protegidos (artigo 20, n.1) – ela própria, como vimos, um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias. Este direito-garantia implica o direito à informação e consultas jurídicas e ao patrocínio judiciário (n.2) e inclui o direito a uma 'decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo' (n.4), isto é, a uma protecção jurídica efectiva e em tempo útil."** - ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª edição (2ª

Não obstante benéficas e louváveis, grande parte das reformas realizadas no sistema processual brasileiro e português até pouco tempo atrás, cingiram-se a ver o acesso à justiça como mero acesso ao judiciário (acesso à justiça formal), o que é um equívoco.⁴ Como exemplo prático da conscientização da necessidade de se proporcionar um acesso à justiça material, tem-se as disposições legais referentes às demandas de massa (tanto em Portugal, como no Brasil).

Lentidão no julgamento das causas judiciais, onerosidade dos processos, bem como a própria insegurança jurídica oriunda de decisões díspares correspondem a indiscutíveis exemplos de formas de denegação da tutela jurisdicional efetiva, em seu sentido amplo, devida pelo Estado de Direito.

Compreendeu-se que, para alcançar uma justiça efetiva (segura, rápida e eficaz), mister se faz uma maior flexibilidade e concentração⁵ (com supressão de trâmites e formalidades desnecessárias, o que inclui os instrumentos das demandas de massa objeto do presente estudo).

A doutrina processual brasileira e a portuguesa têm, cada vez mais, se esforçado para aproximar o direito e o processo⁶, principalmente influenciando em profundas

reimpressão da edição de 2004). Edições Almedina. Coimbra, 2007, Pág.s 366 a 369.

⁴ Um exemplo de reforma nesse particular foi aquela relativa ao artigo 51, n.1, do CPTA, na medida em que afastou a necessidade de recurso hierárquico para a impugnação judicial de atos administrativos com efeitos externos, dentre outras alterações quejandas. Sobre o assunto, mister se faz a leitura do texto “Da Impugnabilidade do Acto Administrativo na Acção Administrativa Especial – A Metamorfose do relacionamento entre Garantias Contenciosas e Administrativas no Novo Processo Administrativo.”. SILVA, Vasco Pereira da, Publicado in *Novas e Velhas Andanças do Contencioso Administrativo – Estudos sobre a Reforma do Processo Administrativo*, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2005, pág. 19.

⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto, A irregularidade da petição recursal não assinada. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em : <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo50.htm>. Acesso em 23 fev. 2007.

⁶ O direito processual civil, a partir da segunda metade do século XX, começou a passar pela maior evolução teórica conceitual desde sua “emancipação” do direito material, atentando-se, agora, para a determinação e valorização de seus verdadeiros e definitivos objetivos. Compreendeu-se que, para alcançar uma justiça efetiva (rápida e eficaz), mister se faz uma maior flexibilidade e concentração (com supressão de trâmites e formalidades desnecessárias). (THEODORO JÚNIOR, Humberto, A irregularidade da petição recursal não assinada. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em : <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo50.htm>. Acesso em 23 fev.

reformas legislativas havidas⁷ e iminentes⁸.

2. DEMANDAS DE MASSA – TERCEIRA ESPÉCIE DE LITÍGIO (AO LADO DOS LITÍGIOS INDIVIDUAIS E DOS COLETIVOS)

Dando continuidade ao processo de ampliação e democratização do acesso à justiça (que teve início através da tutela coletiva), mister se faz a consideração de uma terceira “espécie” de processo (com tratamentos diferenciados e adoção de normas processuais também diferenciadas): processos de massa.

2.1. Surgimento das demandas de massa

A aceleração da produção de bens e o desenvolvimento do capitalismo fomentados

2009).

“O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o microcosmos democrático do Estado de Direito, como as conotações da liberdade, igualdade e participação em clima de legalidade e responsabilidade” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 5ª edição. Malheiros. São Paulo, 1996, pág. 25).

Segundo Eduardo Kochenborger Scarparo, nessa terceira e última fase, o processo deixa de ser mero instrumento independente do direito material, para tornar-se também um “promotor de direitos”. Atentou-se para a função social das ciências, priorizando-se os resultados. (SCARPARO, Eduardo Kochenborger, “O Processo como Instrumento dos Direitos Fundamentais”, in *Revista da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Paraná*, n. 45. Curitiba, 2006, pág. 174 e 177).

“O processualista precisa certificar-se de que toda técnica processual, além de não ser ideologicamente neutra, deve estar sempre voltada a uma finalidade social” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. Malheiros. São Paulo, 2000, pág. 24 e 25).

A função social processual deve ser entendida como o “embrião a enraizar a supremacia dos direitos fundamentais”. O processo deve oportunizar o acesso aos direitos em geral, e não apenas aos tribunais. (SCARPARO, Eduardo Kochenborger, “O Processo como Instrumento dos Direitos Fundamentais”, in *Revista da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Paraná*, n. 45. Curitiba, 2006, pág. 184).

Sobre essa conclusão, ADA PELLEGRINI GRINNOVER propôs uma compreensão do direito de acesso à justiça como um acesso a um processo justo, priorizando a importância do processo, já que “é um direito do qual depende a viabilização dos demais”. (GRINNOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do Direito Processual*. Forense Universitária. Rio de Janeiro, 1990, pág. 244).

⁷ Cabe aqui esclarecer que tanto os legisladores portugueses quanto os brasileiros vêm sendo bastante receptivos ao movimento em busca da efetividade do princípio constitucional do acesso à justiça efetiva.

⁸ A luta pelo acesso à justiça material não é encontrada apenas em Portugal e no Brasil. Exemplos de não realização do direito geral de proteção jurídica em outros Estados podem ser encontrados em: BEZERRA, Paulo “O Acesso aos Direitos e à Justiça”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 81, Coimbra, 2005, pág. 775 e seguintes.

pela Revolução Industrial (século XVIII) e pelas recentes inovações do mundo globalizado propiciaram veementes modificações na forma da organização das sociedades do ocidente. A intensa produção de bens em massa propiciou o desenvolvimento de uma ativa sociedade de consumo também em massa, com uma grande rede de relações sociais e econômicas que fomentaram o aparecimento dos direitos sociais e transindividuais.

A sociedade contemporânea passou por fenômenos como: progressiva industrialização e expansão comercial, desenvolvimento dos meios de comunicação e transporte, com a conseqüente massificação das relações de consumo e da economia, associada à concentração da população em grandes centros urbanos e à revolução dos costumes. Ademais, ainda há de considerar-se a relação do homem com o meio ambiente, dentre outros objetos da experimentação moderna.

Tem-se, assim, que a sociedade vive uma nova era dos direitos, em face de veementes mudanças, tendo as normas de processo individual e as de processo coletivo se tornado insuficientes para dar solução efetiva às demandas que hoje pairam sobre o judiciário.

O surgimento do consumo de massa e a globalização nos negócios jurídicos fomentaram uma nova modalidade de direitos, os direitos de massa (similares, pertencentes a um grande número de titulares). Tais direitos não emergiram com uma delimitação pré-estabelecida, mas sim, da mutação e da evolução de fenômenos sociais modernos, como uma terceira dimensão dos litígios observados atualmente.

Assim, tem-se que a evolução da sociedade (especialmente ampliada pela globalização) fomentou a realização de negócios jurídicos de massa, em face do que apareceram os direitos subjetivos de pessoas diferentes, mas interligadas a um mesmo fundamento de fato ou de direito (ou oriundos do mesmo tipo de lesão).

O grande número de demandas similares enseja um enorme dispêndio de tempo (frustrando a própria atividade da atuação do poder judiciário) e de recursos, bem como uma inevitável insegurança jurídica (em face da possibilidade de julgamentos díspares para demandas similares)

Nesse contexto, procurar-se-á satisfazer a pretensão de inúmeros lesados de uma forma unificada. Da experiência brasileira, observa-se a busca de uma satisfação de inúmeros lesados, com lesão de origem comum (inúmeros direitos individuais homogêneos) ou com direitos coletivos ou difusos, que postulam seus possíveis direitos em ações separadas, de uma forma célere, eficaz e condizente com a natureza da demanda, de forma a não assoberbar o Poder Judiciário. Observe-se, inclusive, que nesse tipo de demanda, a maioria dos titulares dos direitos lesados possuem óbices de natureza socioeconômica ao acesso à jurisdição.

2.2. Necessidade de adequar as características contemporâneas dos litígios (massificação) ao processo

A pura e simples judicialização das lides não é suficiente para satisfazer o que se chama de acesso à justiça. Ao contrário, na maioria dos ordenamentos jurídicos da atualidade, o Poder Judiciário ainda não logrou êxito em proporcionar efetividade na solução dos conflitos pendentes.

Note-se que o Direito deve não apenas regular de forma preventiva as relações interpessoais, mas também de forma a solucionar satisfatoriamente as lides delas decorrentes. Isso, seja através de meios alternativos (ex: mediação, arbitragem ou conciliação), seja através de normas que impulsionem a efetividade.⁹

⁹ A jurisdição contenciosa nem sempre é recomendável, como se vê em casos de imobilização de vultosos recursos, ou em certos casos relativos a direito de família. Fruto dessa consciência, nasceu a lei brasileira 11.441/2007, que desjudicializou os procedimentos de divórcio consensual, separação consensual, partilha, inventário. Ditos procedimentos hoje podem ser realizados administrativamente, por escritura pública, dispensando qualquer forma de homologação judicial.

O secular perfil formalista e individualista do processo dificultou o acompanhamento (com adequação) das vicissitudes do mundo industrial, globalizado e tecnológico.

Se, por um lado, o processo clássico acima referido (de natureza individualista e formal) mostra-se inadequado às vicissitudes sociais, as normas alusivas às demandas de massa mostram-se tendencialmente aptas para enfrentar os desafios oriundos da massificação das relações interpessoais, fruto dos avanços obtidos nos processos de produção e distribuição de bens, bem como de prestação de serviços.

3. A FERTILIDADE DO TERRENO ADMINISTRATIVO PARA O CRESCIMENTO DAS DEMANDAS DE MASSA

Ao tratar do presente tema, mister de faz uma introdução sobre o próprio Estado, sobre a relação entre o Estado e os particulares e, conseqüentemente, sobre as normas destinadas a regular as relações entre ambos (Administração e indivíduo).

A relação entre Administração e particular vem evoluindo junto com a evolução do Estado. Tem-se que, do Iluminismo dos séculos XVII e XVIII, extraem-se os fundamentos do Estado Moderno Constitucional. No século XIX e XX já se fala no Estado Liberal (em que o Estado se abstém de intervir na vida dos cidadãos, correspondendo a um Estado mínimo). Ulteriormente, no século XX, já se tem o Estado Social (Estado Providência que, em clara oposição ao Estado-mínimo, procura intervir na sociedade no afã de garantir os direitos dos cidadãos). Ainda em evolução, no pós modernismo, encontra-se o Estado Pós-Social.

Assim, tanto Portugal como o Brasil são Estados com uma crescente responsabilização perante os administrados e, conseqüentemente, com um aumento geométrico de atividades a serem desenvolvidas.

A progressiva complexificação da atividade administrativa e o próprio modo de relacionamento da Administração com o particular (que deixou de ser simplesmente casual e instantânea para ser mais duradoura e contínua), coadunados à generalização das relações jurídicas multilaterais fomentaram o crescimento dos sujeitos jurídicos e dos objetos envolvidos nas relações administrativas.¹⁰

É inerente à própria atividade administrativa a produção não só de atos administrativos em massa, como de um mero ato administrativo com efeitos de massa (ensejando diversos litígios), que requerem a aplicação de uma única norma legal.^{11 12}

Os fatores acima correspondem a contundentes “adubos” e “fertilizantes” no terreno administrativo, ensejando o surgimento das demandas massificadas, demandas essas que se mostram como grave fator de embaraço na atividade Judiciária (e conseqüentemente, ao acesso a uma jurisdição eficaz e célere). Em regra, tais processos não comportam complexidade jurídica, mas tem se tornado forte óbice às atividades do Poder Judiciário na medida em que têm avolumado as

¹⁰ Sobre a matéria: SILVA, Vasco Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Almedina. Coimbra, 2003. Pág. 461.

¹¹ Segundo MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e DIOGO FREITAS DO AMARAL, “Como é sabido, o facto de, em muitos domínios da actuação administrativa, haver lugar à produção de actos administrativos em massa, que envolvem a aplicação, por vezes automática ou quase automática, do mesmo dispositivo normativo a um amplo conjunto de pessoas, faz com que, quando nesses domínios a Administração incorre em ilegalidade, se multipliquem os litígios, dando origem a um fenómeno de processos idênticos em grande número que tendem a assoberbar os tribunais administrativos. Este é um fenómeno claramente identificado em todos os sistemas de justiça administrativa e para o qual se impões procurar respostas.” (ALMEIDA, Mário Aroso de, AMARAL, Freitas do, *Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo*, 3ª edição, Almedina, Lisboa, Maio de 2007, pág. 108).

¹² MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA citam como exemplos que ensejam os litígios massificados: um mesmo ato administrativo (ou vários atos contidos num mesmo despacho incidente sobre a mesma relação jurídica material) como o caso de classificação final num concurso de provimento; decisões administrativas diferentes praticadas em um único enquadramento jurídico-factual, como o caso das classificações de serviço, contagem de antiguidade, mudanças de carreira, determinação do montante remuneratório. Todos esses exemplos são passíveis de fomentar a multiplicação de demandas, cuja análise judicial cingir-se-ia ao cabimento ou não de idênticas normas jurídicas a iguais situações de fato. (ALMEIDA, Mário Aroso de, CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 2ª edição revista. Almedina. Coimbra, 2007. Pág.s 280 e 281).

pendências processuais.

VASCO PEREIRA DA SILVA aduz que as escolhas administrativas que envolvem muitos interesses e muitas pessoas (com complexidade técnica), findam por prejudicar a atividade judicial. Como consequência dessas escolhas (escolhas essas como decisões de construção de aeroportos, de centrais nucleares, de barragens, de pontes, ou de auto-estradas), têm-se os denominados procedimentos de massa, em que se verifica uma tendência atual, cada vez mais forte, para o desdobramento em sucessivos atos administrativos intermédios e parcelares, daquilo que tradicionalmente seria a decisão final. Tal fato demonstraria o novo papel que cabe ao ato administrativo nos procedimentos de massa, como “instrumento de regulação racional e manejável”, destinado a “garantir tanto quanto possível, a clareza e a previsibilidade dos fenômenos administrativos”.¹³

Em face do acima exposto, esclarece VASCO PEREIRA DA SILVA, surgiu o fenómeno que consiste na divisão dos procedimentos administrativos em partes, em razão do tempo e do objeto. Em todas essas questões complexas, seja pelo número de destinatários, seja pelo carácter permanente das relações em tela, emergiram as declarações e as decisões escritas com menor complexidade, no afã de proporcionar uma previsibilidade da atuação administrativa futura, e consequente diminuição do risco de investimento dos particulares (“faseamento do procedimento” esse que tem sido objeto de largos estudos no direito alemão).¹⁴

Ulteriormente, esclarece ainda VASCO PEREIRA DA SILVA que, como consequência do “faseamento do procedimento” acima referido, há uma “tendência generalizada para o alargamento das categorias de actos recorríveis, assim como para nelas incluir os actos preparatórios que sejam lesivos dos direitos dos particulares”.¹⁵

¹³ SILVA, Vasco Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Almedina. Coimbra, 2003. pág. 461 e 462.

¹⁴ SILVA, Vasco Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Almedina. Coimbra, 2003. pág. 462.

¹⁵ SILVA, Vasco Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Almedina. Coimbra, 2003. pág. 465.

Depreende-se, do acima exposto, uma inequívoca vinculação entre o “faseamento de procedimento”, o alargamento da impugnabilidade dos atos administrativos e o aumento das demandas individuais, que compõem as demandas de massa.

Outro aspecto muito importante que cabe aqui referir é a crescente diminuição do “espaço vital dominado” dos particulares, que cada vez são menos auto-suficientes. Tal diminuição influencia diretamente nas funções estatais, já que o homem vive cada vez mais DO Estado, e não NO Estado.¹⁶

Juntamente com a evolução do Estado, fez-se (e se faz) necessária também a proporcional evolução legislativa, equipando, assim, o Estado de normas capazes de regular as novas relações entre a Administração e os particulares.

O crescimento social se deu em progressão geométrica. O Estado aumentou e diversificou-se, a sociedade intensificou-se e as relações massificaram-se.

¹⁶ Segundo JORGE REIS NOVAIS, “Caracterizado como espaço vital (‘Lebensraum’) o conjunto de bens, serviços, relações e situações materiais ou culturais em cujo âmbito o homem desenvolve a sua existência, FORSTHOFF distingue, dentro dele, o espaço vital dominado (‘der beherrschte Lebensraum’) do espaço vital efectivo (‘der effektive Lebensraum’). O primeiro é integrado por tudo que lhe é atribuído – independentemente da condição de proprietário – de forma tão íntima ou intensa que o homem concreto pode permanentemente dispor e utilizar numa relação de senhorio ou predomínio (é, assim, o caso da sua propriedade, do seu poço, da sua casa, da sua oficina ou do seu posto de trabalho na fábrica); o espaço vital efectivo é constituído, por sua vez, por todos os bens ou serviços que o homem não domina, que lhe são alheios, mas em cujo âmbito decorre efectivamente a sua existência concreta (o sistema de transportes e telecomunicações, os serviços de água, electricidade, gás, o ordenamento urbanístico).

Ora, analisando as alterações produzidas no espaço vital a partir do século passado, FORSTHOFF conclui pela constatação de duas tendências irreversíveis: por um lado, a grandes concentrações urbanas e as deslocções das populações dos seus locais de origem provocam uma redução decisiva do Âmbito do espaço vital dominado; paralelamente, o progresso tecnológico compensa aquela redução através do alargamento constante do espaço vital efectivo. Esta transformação nas condições de desenvolvimento da existência – em que tendencialmente o homem perde o domínio e controlo sobre um cada vez mais amplo conjunto de bens e serviços que utiliza para viver – repercute-se decisivamente no plano das funções do Estado, na medida em que a diminuição progressiva da auto-suficiência (relativamente à qual não se pode fazer uma valoração negativa, pois este processo pode ir a par ser sentido como um aumento da liberdade perante o Estado e da felicidade individual) deve necessariamente ser compensada por uma actividade do Estado dirigida a assegurar as condições vitais de existência de que o homem carece, ou seja, pelo Daseinsvorsorge.” (NOVAIS, Jorge Reis, “Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa”, Coimbra Editora, 2004, pág. 185.)

Para FORSTHOFF, “o homem moderno, a quem foi subtraído o controlo da sua existência, não vive apenas no Estado, mas sobretudo do Estado” (grifos acrescentados) (*apud* NOVAIS, Jorge Reis, “Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa”, Coimbra Editora, 2004, pág. 186).

Consequentemente, tem-se que o Direito Administrativo deparou-se com novas exigências, restando instado a solucionar juridicamente as novas situações massificadas emergentes da atuação estatal.

Tal massificação mostrou-se contundente óbice ao bom andamento da justiça administrativa e à segurança do Direito Administrativo, quando deparada com a burocracia existente (seja judicial, seja administrativamente).

Começou-se a perceber a similitude dos casos e das respectivas soluções judiciais a eles atribuídas. Assim, o Direito Processual Civil (em relação ao Brasil, em que a jurisdição una¹⁷) e o Contencioso Administrativo português (em que vigora a jurisdição autônoma dos tribunais administrativos e fiscais) passaram a ser objeto de estudo das formas de o Judiciário reagir à confluência de processos em massa.¹⁸

Para a realidade brasileira, fala-se aqui em demandas individuais homogêneas (já que podem ser questionados judicialmente de forma separada por cada particular), habitualmente exsurgidas de única ou semelhante pronúncia da Administração. Logo, a realidade jurídico-administrativa dos processos em massa corresponde ao conjunto de interesses individuais de similares pretensões, que são pleiteadas em processos individuais, mas que digam respeito à mesma relação jurídica material ou, ainda que diferentes, que sejam susceptíveis de serem decididas com base na aplicação das mesmas normas jurídicas.

Tratando-se da realidade brasileira, as demandas de massa centram-se em processos de interesses individuais homogêneos. Já para a realidade portuguesa, além da preocupação com os processos de interesses individuais homogêneos, observa-se um foco de preocupação também nos próprios processos individuais (envolvendo atos administrativos plurais).

¹⁷ Sobre a forma de jurisdição brasileira, interessante cfr. CORREIA, SÉRVULO. Direito do Contencioso Administrativo. Vol. 1. Lex. Lisboa, 2005. pág. 218 a 222.

¹⁸ A partir das reformas realizadas no contencioso administrativo, inúmeras reformas ocorreram na ceara civil, também em relação às demandas de massa, como se vê a exemplo do próprio Regime Processual Civil Experimental.

Os diversos ordenamentos jurídicos utilizam-se de mecanismos com o escopo de diminuir a quantidade de processos similares (demandas de massa), bem como de unificar os julgamentos de processos quejandos, no afã de proporcionar segurança jurídica e um acesso à justiça em seu sentido material. É sobre tais instrumentos que abaixo se tratará.

4. ALTERAÇÕES NORMATIVAS PROCESSUAIS SOBRE DEMANDAS DE MASSA COMO ATUAL EVOLUÇÃO PROCESSUAL EM BUSCA DO ACESSO À JUSTIÇA

Hoje já se verifica o processo civil em diversos países da sociedade atual dotado de técnicas modernas de atuação em conflitos de massa, como instrumentos tendentes a proporcionar uma ampliação e uma democratização do acesso à justiça em diversas situações da vida moderna.

Diante na nova realidade massificada, mister se faz a adequação do instrumento existente reservado à solução dos respectivos litígios. A sociedade moderna precisa que o sistema processual seja dotado de mecanismos capazes de proporcionar efetiva solução para um número crescente de conflitos similares.

O conjunto normativo pertinente às demandas de massa colaboram com o movimento de democratização do acesso à justiça e com o Poder Judiciário, já que, dentre outras vantagens, permite uma maior celeridade¹⁹ e segurança jurídica nas

¹⁹ Ressalte-se que o “direito a uma decisão em prazo razoável mediante processo equitativo tem também como destinatário direto e sujeito passivo o próprio juiz” - ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª edição (2ª reimpressão da edição de 2004). Edições Almedina. Coimbra, 2007, pág. 235.

“(…) lembrando a jurisprudência do TEDH, importante nesta tarefa é também ter sempre presente qual é a demora normal do tipo processual em causa, uma vez que o Tribunal de Estrasburgo já afirmou que a duração razoável corresponde em princípio à duração média de um processo, sendo certo que – em princípio, sublinhe-se – a duração média em 1ª instância deve corresponder a 3 anos, ou dois anos e sete meses, se atendermos às causas matéria laboral ou relativas a pessoas. E a duração média de todo o processo deve corresponder, em princípio, sublinhe-se de novo, a um período que vai de 4 a 6 anos, salvo casos especiais, em que 2 anos pode significar duração excessiva, tendo em conta a particularidade de certas situações jurídicas litigiosas.”; FONSECA, Isabel Celeste M., “Violação do Prazo Razoável e Reparação do Dano: Quantas Novidades, mamma mia! (Acórdão do STA – 1ª secção – de 9.10.2008, p.319)”, in *Caderno de Justiça Administrativa*, n. 72, novembro/dezembro 2008, pág. 28 a 46.

soluções dos litígios, inclusive com o aproveitamento de julgamentos de casos quejandos anteriores. Permite, ainda, o desenvolvimento de processos mais consistentes e melhor instruídos, favorecendo à prolação de decisões de qualidade superior, diminuindo, também, o problema das ações repetitivas (auxiliando na desobstrução do Judiciário, e otimizando a distribuição igualitária da justiça, democratizando, Consequentemente, o seu acesso).

4.1. Fontes normativas inspiradoras para os mecanismos adotados em Portugal

4.1.1. Espanha

Na Espanha, há mecanismos de seleção de escolha de processos com posterior extensão dos efeitos de suas decisões aos processos suspensos semelhantes, mostrando, assim, uma inequívoca solução para os processos em massa.

O CPTA inspirou-se no ordenamento jurídico espanhol, no que tange ao artigo 48 e 161.

Veja-se que os artigos 37.2, 72.3 e 110 a 113 da Ley 29/1998 (Lei Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa – LJCA) criaram um mecanismo de escolha de demandas dentre um potencial conjunto de litígios de massa, com possibilidade de extensão dos efeitos da decisão.

O artigo 37²⁰ da LJCA foi uma das principais fontes inspiradoras do artigo 48 do

Portugal, inclusive, vêm sofrendo algumas condenações em face da morosidade da atividade jurisdicional, com fulcro no artigo 6º da Convenção Européia dos Direitos do Homem. Sobre tais condenações, faz referência JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO. (ALEXANDRINO, José de Melo. “Il sistema portoghese dei diritti e delle libertà fondamentali: zone franche nella tutela giurisdizionale. Diritto Comparato ed Europeo. 2003 – I. pág.s 272-284).

²⁰ “**Artículo 37.** 1. Interpuestos varios recursos contencioso-administrativos con ocasión de actos, disposiciones o actuaciones en los que concurra alguna de las circunstancias señaladas en el [artículo 34](#), el órgano jurisdiccional podrá en cualquier momento procesal, previa audiencia de las partes por plazo común de cinco días, acordar la acumulación de oficio o a instancia de alguna de ellas; 2. Cuando ante un juez o tribunal estuviera pendiente una pluralidad de recursos con idéntico objeto, el órgano jurisdiccional podrá no acumularlos y tramitar uno o varios con carácter preferente, previa audiencia de las partes por plazo común de cinco días, suspendiendo el curso de los demás hasta que se dicte sentencia en los primeros; 3. La sentencia se notificará a las partes afectadas por la

CPTA. Com o mecanismo nele previsto, ao invés de apensar-se os processos, é possível selecionar um deles para, após seu julgamento, estendê-lo aos restantes.

O mecanismo em tela resolveu um problema não solucionado pela mera extensão dos efeitos da decisão, já que tais efeitos não eram estendidos aos processos pendentes. Com o procedimento previsto no artigo 37 do diploma espanhol citado, tal problema deixa de existir. Cabe aqui ressaltar que o artigo 37 da LJCA deverá ser analisado juntamente com o artigo 110 do mesmo diploma legal.

suspensión, que podrán interesar la extensión de sus efectos en los términos del [artículo 111](#), o bien desistir del recurso. De no hacerlo, se llevará testimonio a los recursos suspendidos.”

“Artículo 72. 1. La sentencia que declare la inadmisibilidad o desestimación del recurso contencioso-administrativo sólo producirá efectos entre las partes; 2. La anulación de una disposición o acto producirá efectos para todas las personas afectadas. Las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada. También se publicarán las sentencias firmes que anulen un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas; 3. **La estimación de pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada sólo producirá efectos entre las partes. No obstante, tales efectos podrán extenderse a terceros en los términos previstos en los artículos 110 y 111.**” (grifos acrescidos)

“Artículo 110. 1. En materia tributaria y de personal al servicio de la Administración pública, los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada a favor de una o varias personas podrán extenderse a otras, en ejecución de la sentencia, cuando concurren las siguientes circunstancias:

Que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo.

Que el juez o tribunal sentenciador fuera también competente, por razón del territorio, para conocer de sus pretensiones de reconocimiento de dicha situación individualizada.

Que soliciten la extensión de los efectos de la sentencia en el plazo de un año desde la última notificación de esta a quienes fueron parte en el proceso. Si se hubiere interpuesto recurso en interés de la Ley o de revisión, este plazo se contará desde la última notificación de la resolución que ponga fin a éste.

2. La solicitud deberá dirigirse directamente al órgano jurisdiccional competente que hubiera dictado la resolución de la que se pretende que se extiendan los efectos. 3. La petición al órgano jurisdiccional se formulará en escrito razonado al que deberá acompañarse el documento o documentos que acrediten la identidad de situaciones o la no concurrencia de alguna de las circunstancias del apartado 5 de este artículo. 4. Antes de resolver, en los 20 días siguientes, el Juez o tribunal de la ejecución recabará de la Administración los antecedentes que estime oportunos y, en todo caso, un informe detallado sobre la viabilidad de la extensión solicitada, poniendo de manifiesto el resultado de esas actuaciones a las partes para que aleguen por plazo común de tres días, con emplazamiento, en su caso, de los interesados directamente afectados por los efectos de la extensión. Una vez evacuado el trámite, resolverá sin más por medio de auto, en el que no podrá reconocerse una situación jurídica distinta a la definida en la sentencia firme de que se trate. 5. El incidente se desestimarán, en todo caso, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

Si existiera cosa juzgada.

Cuando la doctrina determinante del fallo cuya extensión se postule fuere contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o a la doctrina sentada por los Tribunales Superiores de Justicia en el recurso a que se refiere el [artículo 99](#).

Si para el interesado se hubiere dictado resolución que, habiendo causado estado en vía administrativa, fuere consentida y firme por no haber promovido recurso contencioso-administrativo.

Da leitura da LJCA, tem-se que os efeitos das sentenças se darão *inter partes*. Todavia, tais efeitos podem dar-se de forma *ultra partes* em duas situações: quanto às situações do foro tributário e às situações de funcionalismo público (por corresponderem a um campo de potencial eclosão de demandas em massa), bem como aos processos em massa pendentes em que se tenha escolhido um deles (sendo esse julgado em separado). A primeira exceção é claramente um mecanismo preventivo contra as demandas de massa. Já a segunda exceção, um mecanismo reativo.

O artigo 110 da LJCA tratou da extensão dos efeitos da decisão judicial, no afã de resolver uma antiga celeuma originária do artigo 86.2 da LJCA. Dito dispositivo 110 (por remissão ao artigo 72.3) prevê a possibilidade de, em certas circunstâncias, relativas a matéria tributária ou de funcionalismo público, estender os efeitos de uma sentença transitada em julgado. Os requisitos para tanto se encontram no item 1 do artigo 110 já referido. Verificados tais requisitos, o particular pode dirigir-se diretamente à Administração. Caso essa não lhe responda no prazo legal, o prejudicado poderá requerer judicialmente a execução (fundamentando seu pleito na decisão anterior sobre a matéria), para a qual não serão necessários os trâmites processuais comuns.

O artigo 110 da LJCA foi a principal fonte inspiradora do 161 do CPTA português.

No que se refere ao artigo 111²¹, à semelhança do que se vê no item 2 do artigo 161

6. Si se encuentra pendiente un recurso de revisión o un recurso de casación en interés de la Ley, quedará en suspenso la decisión del incidente hasta que se resuelva el citado recurso. 7. El régimen de recurso del auto dictado se ajustará a las reglas generales previstas en el artículo 80.”

²¹ “**Artículo 111.** Cuando se hubiere acordado suspender la tramitación de uno o más recursos con arreglo a lo previsto en el [artículo 37.2](#), los recurrentes afectados por la suspensión podrán interesar del Juez o Tribunal de la ejecución que extienda a su favor los efectos de la sentencia o sentencias firmes recaídas en los recursos resueltos, con arreglo a lo establecido en los apartados 3, 4 y 5 del [artículo anterior](#) en cuanto resulten aplicables.

Artículo 112. Transcurridos los plazos señalados para el total cumplimiento del fallo, el Juez o Tribunal adoptará, previa audiencia de las partes, las medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado. Singularmente, acreditada su responsabilidad, previo apercibimiento notificado personalmente para formulación de alegaciones, podrá:

Imponer multas coercitivas de 150,25 a 1.502,53 a las autoridades, funcionarios o agentes que incumplan los requerimientos del Juzgado o de la Sala, así como reiterar estas multas hasta la completa ejecución del fallo judicial, sin perjuicio de otras responsabilidades patrimoniales a que

do CPTA português, estabelece-se uma articulação entre o mecanismo da suspensão de processos com escolha de um ou alguns para julgamento e o mecanismo da extensão dos efeitos, esclarecendo que os interessados poderão requerer ao juiz a extensão dos efeitos da sentença do litígio selecionado.

4.1.2. Alemanha

A par do exemplo espanhol, o ordenamento jurídico alemão foi outra grande fonte inspiradora do CPTA.

A lei de processo administrativo alemã (Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO) possui mecanismos de agilização pertinentes à tutela dos direitos individuais, a saber:

a) artigo § 56º da VwGO - Bekanntgabe in Massenverfahren – prevê-se uma notificação pública (destinada a mais de cinquenta pessoas), por meio de jornais de grande circulação na área em que a sentença produzirá seus principais efeitos, sendo as partes informadas dos mecanismos de publicidade determinados pelo tribunal.

b) artigo § 65 da VwGO – Beiladung - através desse dispositivo, é possível ao juiz chamar ao processo (até a sua conclusão) outros sujeitos cujos interesses jurídicos possam ser afetados pela decisão. O parágrafo 3º do aludido artigo dispõe sobre o mecanismo pelo qual o juiz intime os terceiros interessados (quando o número ultrapasse cinquenta) estipulando um prazo para resposta (não inferior a três meses), findo o qual os terceiros inertes não mais poderão intervir nos autos. O despacho do magistrado deverá ser publicado em jornal de grande circulação local,

hubiere lugar. A la imposición de estas multas les será aplicable lo previsto en el [artículo 48.](#)

Deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder.

Artículo 113.1. *Transcurrido el plazo de ejecución que se hubiere fijado en el acuerdo a que se refiere el [artículo 77.3](#), cualquiera de las partes podrá instar su ejecución forzosa. 2. Si no se hubiere fijado plazo para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del acuerdo, la parte perjudicada podrá requerir a la otra su cumplimiento y transcurridos dos meses podrá proceder a instar su ejecución forzosa.”*

bem como deverá ser publicado também no Boletim Oficial Federal.²²

c) artigo § 67º da VwGO – Gemeinsamer Bevollmächtigter – segundo o qual, quando as partes (com mesmo interesse jurídico) sejam em número superior a vinte pessoas, o tribunal poderá determinar a escolha de um representante para agir em nome dos representados (de forma semelhante ao que ocorre com o *representative plaintiff* das *class actions* nos Estados Unidos da América). Tal representante comum (o Gemeinsamer Bevollmächtigter) pode ser nomeado pelo tribunal caso os autores não o façam dentro de certo prazo.

O dispositivo em comento pode ser aplicado para os casos de interesses supraindividuais ou individuais homogêneos, cuja relação jurídica permita um tratamento unitário.

d) artigo §93ª – Musterverfahren – É aqui que se encontra uma das grandes inspirações do artigo 48 do CPTA. Aquela norma preceitua que, quando forem intentadas mais de vinte demandas contra um mesmo ato administrativo, o tribunal, após auscultadas as partes, poderá selecionar uma lide para tê-la como modelo (à qual se dará o devido andamento, ao passo em que as demais ficarão suspensas).

Após prolatar a decisão no processo modelo e ouvir as partes dos demais processos suspensos, o tribunal poderá decidir esses últimos (isso, apenas se todas as questões neles contidas não apresentarem qualquer particularidade quando comparados com o processo modelo julgado), cujas partes poderão se insurgir contra tal decisão (como se ela tivesse sido proferida em seu processo).

Na lei alemã ainda se confere inúmeros poderes ao juiz para os casos suspensos

²² Cabe acrescentar que, na parte final do dispositivo, há uma “brecha”, na medida em que se permite sejam chamados a juízo os terceiros interessados inertes quando sejam titulares de interesses passíveis de serem afetados pelo caso julgado em tela. O item 2 do § 121 preceitua que os titulares de interesses sujeitos a afetação pela causa em tela podem ser abrangidos por tal causa julgada (mesmo não tendo respondido à chamada desse processo).

que ensejam novas perícias ou rejeição de provas.

Nessa oportunidade cabe realçar a diferença entre o teor do § 56 e o teor do § 93. Nesse, há vários “processos em massa”, como designado pelo legislador português e pelos doutrinadores brasileiros. Naquele, apenas se vê uma demanda à qual são chamados inúmeros titulares do mesmo interesse em causa (tem-se um “processo de massas”). Cabe ressaltar que o legislador alemão concedeu mais poderes ao juiz do que o legislador português (artigo 3º do artigo 48 do CPTA).

Note-se, assim, que o legislador alemão diferenciou de forma elucidativa o que se chama de “processo de massa” (denotando-se aí uma evidente preocupação legal de acautelar os direitos processuais dos particulares, com mecanismos pelos quais estes possam estar no processo diretamente ou representado, podendo nele intervir, incluindo até os inertes - § 121.2) e o que se chama de “processos de massa” (do qual se depreende a preocupação legal no sentido de agilização processual, mas sem se garantir tão claramente os direitos das partes dos processos suspensos, já que não intervirão no processo modelo).²³

4.2. Das modificações do direito processual administrativo PORTUGUÊS alusivas às demandas de massa em busca do acesso à justiça

4.2.1. Introdução – esclarecimentos iniciais sobre os mecanismos contra processos de massa no contencioso administrativo português

De início, cabe ressaltar a existência do Princípio Plenitude da Tutela Jurisdicional observado no âmbito do contencioso administrativo.²⁴

²³ Cfr. referência de Sérvulo Correia, “O recurso contencioso no projeto da reforma: tópicos esparsos” in Caderno de Justiça Administrativa, n. 20, pág. 16.

²⁴ Sobre o Princípio, cfr. CORREIA, SÉVULO. Direito do Contencioso Administrativo. Vol. I. Lex. Lisboa, 2005. págs 744 e 757); Cfr. também MIRANDA, JORGE “Uma perspectiva constitucional da reforma do contencioso administrativo” in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles. Vol. 5. Almedina. Coimbra, 2003. Pág. 35-61.

Do artigo 268²⁵, n. 4 e 5 da CRP, denota-se que o contencioso administrativo em sua forma compreensiva possui, na ordem jurídica portuguesa, uma função e uma natureza subjetivas, com desígnio de proporcionar uma proteção efetiva, ampla e integral dos direitos dos cidadãos perante a Administração.^{26 27}

Cabe elucidar que pelo Princípio da Plenitude da Tutela Jurisdicional no âmbito do direito administrativo, a doutrina portuguesa garante tal tutela para uma gama cada vez mais ampla de atos (seja aqueles praticados por subalternos, seja aqueles praticados pelos superiores hierárquicos, adotando, ainda, uma noção de definitividade horizontal – não sendo a definitividade, nem a obrigatoriedade de execução forçosa requisitos do ato impugnável).²⁸

²⁵ A revisão constitucional de 1997 foi a que inseriu expressamente a necessidade de uma tutela jurisdicional efetiva e plena dos particulares.

²⁶ Segundo o artigo 268, n. 4, “é garantido aos interessados recurso contencioso com fundamento em ilegalidade contra quaisquer actos administrativos, independentemente da sua forma, que lesem os seus direitos ou interesses legalmente protegidos”. Já o n. 5 preceitua que “é igualmente sempre garantido aos administrados o acesso à justiça administrativa para tutela dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos”.

²⁷ SILVA, Vasco Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Almedina. Coimbra, 2003, pág. 664.

²⁸ Como bem acentua VASCO PEREIRA DA SILVA, considera-se como ato lesivo impugnável aquele “independentemente do facto de ser praticado no início, no meio ou no fim do procedimento, de ser proveniente do subalterno ou do superior hierárquico, de ser ou não regulador – trata-se de uma noção particularmente adequada à multiplicidade e diversidade de actos administrativos nos nossos dias.” SILVA, Vasco Pereira da, “A Justiça Administrativa e Fiscal na Hora Zero da Reforma”, *Separata – Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol XLVII – n.os 1 e 2, Coimbra Editora, 2006, pág. 52.

Ainda sobre a matéria, esclarece o aludido Professor Doutor VASCO PEREIRA DA SILVA, “Em Portugal, onde vigora um princípio da plenitude e efectividade da tutela da posição do particular perante a Administração (artigos 268º, números 4 e 5 da Constituição) e onde o recurso de anulação não esgota os meios jurisdicionais administrativos, é possível utilizar a via da acção para reagir contra actos administrativos que não sejam recorríveis, por não preencherem as condições de admissibilidade do contencioso de anulação (vide os artigos 69º e seguintes da LEPTA). Sempre que esteja em causa uma posição subjetiva do particular é, pois, possível intentar uma ‘acção para o reconhecimento de um direito ou interesse legítimo’, a fim de conseguir a apreciação jurisdicional de actos administrativos ‘internos’, que não sejam diretamente lesivos (v.g. informação ou parecer desfavorável, que se receia possa vir, no futuro, dar origem a um acto que afecte direitos dos particulares - situação em que esse meio processual pode ser utilizado de uma forma preventiva em relação à prática de actos lesivos), ou de actos ‘externos’ que não sejam imediatamente lesivos (v.g. um acto sujeito a condições suspensiva), ou até mesmo para reagir contra lesões de direitos produzidas sem que exista qualquer acto administrativo (v.g. a abertura do procedimento de apreciação do interesse cultural de um imóvel, que só por si, implica a existência de limites e de restrições aos direitos de seu proprietário).” SILVA, Vasco Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Almedina. Coimbra, 2003. pág. 628 e 629.

Do acima exposto depreende-se a alargada abertura da tutela jurisdicional sobre os atos da administração, e uma conseqüente massificação de ações similares. O avolumado número de processos pendentes fomentou um grave óbice ao bom e célere funcionamento da atividade jurisdicional administrativa. Por tais razões, à época da reforma do contencioso administrativo, urgiam soluções com desígnio de agilizar tal volume considerado de processos, o que ensejou a “automização” ou independência de um último princípio, qual seja: o Princípio da Agilização Processual (“agilização” foi um termo usado pela doutrina da Espanha, país de cujo ordenamento jurídico tem raízes a reforma do contencioso administrativo português).²⁹

Por tais razões, vêm surgindo inúmeros mecanismos de acesso à jurisdição efetiva no âmbito administrativo, o que teve grande impulso com a própria reforma da justiça administrativa com o CPTA (que já não vê o acesso à justiça como mero acesso a jurisdição, pois se preocupou com a eficácia, uniformidade e celeridade da atuação jurisdicional), realizada não só como um imperativo constitucional, mas também como uma exigência europeia (já que o “Direito Administrativo Europeu tem vindo a dar origem a profundas reformas do contencioso administrativo em quase todos os países europeus, na transição do século XX para o século XXI”³⁰).

Em Portugal, são encontrados mecanismos puramente preventivos, reativos ou preventivos e puramente reativos para tutelar os interesses individuais massificados, como se depreende do CPTA (Código de Processo dos Tribunais Administrativos)³¹ e, conseqüentemente, do Regime Processual Civil Experimental³².

²⁹ ALMEIDA, Mário Aroso de, AMARAL, Freitas do, *Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo*, 3ª edição, Almedina, Lisboa, Maio de 2007, pág. 108.

³⁰ SILVA, Vasco Pereira da, “A Justiça Administrativa e Fiscal na Hora Zero da Reforma”, *Separata – Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol XLVII – n.os 1 e 2, Coimbra Editora, 2006, págs 48 e 49.

³¹ Aprovado pela Lei 15/2002, de 22 de fevereiro, alterada pela Lei 4-A/2003, de 19 de fevereiro.

³² Sobre o Regime Processual Civil Experimental, cfr. LOURENÇO, Paula Meira. “Regime Processual Experimental: Simplificação e Gestão Processual” in *Regime Processual Civil Experimental: Simplificação e Gestão Processual*. Conferência na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 16.10.2007. Cejur (Centro de Estudos Jurídicos do Minho). Minho, 2008, págs 83 a 97; LAMEIRAS, Luís Filipe Brites. *Comentários ao Regime Processual Experimental*. Almedina. Coimbra, 2007;

O artigo 20, n. 5, da CRP teve uma primeira e clara concretização através artigos 94, n.3, 109 a 111, 131 e 142, n.3, alínea “a” do CPTA. Veja-se que dos artigos 48 e 161 do mesmo diploma legal também se depreendem mecanismos processuais de acesso à justiça, de tutela de interesses individuais, preventivos (ao se possibilitar a extensão dos efeitos de uma sentença a casos similares, evitando que sejam intentados processos em massa).

À guisa de comparação, cabe referir os mecanismos extraídos da Lei da Ação Popular portuguesa – Lei 83/1995, de 31 de agosto, (que permitiu a agregação dos interesses individuais homogêneos através de uma única ação), da qual se depreende mecanismo de tutela de interesses individuais homogêneos simultaneamente preventivo e reativo.

Com a reforma do contencioso administrativo, o CPTA (diferentemente do ordenamento jurídico processual brasileiro) passou a conter dispositivos expressos sobre “processos em massa”³³, a saber, o artigo 48³⁴ e o artigo

TEIXEIRA, Paulo Duarte. “O Poder de Gestão no Processo Experimental” in *Regime Processual Civil Experimental: Simplificação e Gestão Processual*. Conferência na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 16.10.2007. Cejur (Centro de Estudos Jurídicos do Minho). Minho, 2008, pág. 9 a 51; RICARDO, Luís Carvalho. *Regime Processual Experimental Anotado e Comentado*. Cejur (Centro de Estudos Jurídicos do Minho). Minho, 2007.

³³ Os artigos 48 e 161 do CPTA impulsionaram a criação do Regime Processual Civil Experimental (Decreto-Lei 108/2006, combinado com o Decreto-Lei 187/2008).

³⁴ **Artigo 48.º Processos em massa**

“1 - Quando sejam intentados mais de 20 processos que, embora reportados a diferentes pronúncias da mesma entidade administrativa, digam respeito à mesma relação jurídica material ou, ainda que respeitantes a diferentes relações jurídicas coexistentes em paralelo, sejam susceptíveis de ser decididos com base na aplicação das mesmas normas a idênticas situações de facto, o presidente do tribunal pode determinar, ouvidas as partes, que seja dado andamento a apenas um ou alguns deles, que neste último caso são apensados num único processo, e se suspenda a tramitação dos demais.

2 - O tribunal pode igualmente determinar, ouvidas as partes, a suspensão dos processos que venham a ser intentados na pendência do processo seleccionado e que preencham os pressupostos previstos no número anterior.

3 - No exercício dos poderes conferidos nos números anteriores, o tribunal deve certificar-se de que no processo ou processos aos quais seja dado andamento prioritário a questão é debatida em todos os seus aspectos de facto e de direito e que a suspensão da tramitação dos demais processos não tem o alcance de limitar o âmbito da instrução, afastando a apreciação de factos ou a realização de diligências de prova necessárias para o completo apuramento da verdade.

4 - Ao processo ou processos seleccionados segundo o disposto no n.º 1 é aplicável o disposto neste Código para os processos urgentes e no seu julgamento intervêm todos os juizes do tribunal ou da secção.

5 - Quando, no processo seleccionado, seja emitida pronúncia transitada em julgado e seja de entender que a mesma solução pode ser aplicada aos processos que tenham ficado suspensos, por estes não apresentarem qualquer especificidade em relação àquele, as partes nos processos

161³⁵.

Também pode ser considerado como mecanismo contra demandas massificadas a decisão sumária prevista no artigo 94 do CPTA, atualmente em voga no contencioso administrativo.³⁶

4.2.2. Elenco (não taxativo) dos mecanismos processuais administrativos voltados para atender ao Princípio da Agilização Processual (que, indiretamente, podem evitar demandas de massa ou resolver problemas dela oriundos)

suspensos são imediatamente notificadas da sentença, podendo o autor nesses processos optar, no prazo de 30 dias, por: a) Desistir do seu próprio processo;b) Requerer ao tribunal a extensão ao seu caso dos efeitos da sentença proferida, deduzindo qualquer das pretensões enunciadas nos n.ºs 3, 4 e 5 do artigo 176.º;c) Requerer a continuação do seu próprio processo;d) Recorrer da sentença, se ela tiver sido proferida em primeira instância.

6 - Quando seja apresentado o requerimento a que se refere a alínea b) do número anterior, seguem-se, com as devidas adaptações, os trâmites previstos nos artigos 177.º a 179.º.

7 - Se o recurso previsto na alínea d) do n.º 5 vier a ser julgado procedente, pode o autor exercer a faculdade prevista na alínea b) do mesmo número, sendo também neste caso aplicável o disposto no número anterior.”

35

Artigo 161.º Extensão dos efeitos da sentença

“1 - Os efeitos de uma sentença transitada em julgado que tenha anulado um acto administrativo desfavorável ou reconhecido uma situação jurídica favorável a uma ou várias pessoas podem ser estendidos a outras que se encontrem na mesma situação jurídica, quer tenham recorrido ou não à via judicial, desde que, quanto a estas, não exista sentença transitada em julgado.

2 - O disposto no número anterior vale apenas para situações em que existam vários casos perfeitamente idênticos, nomeadamente no domínio do funcionalismo público e no âmbito de concursos, e só quando, no mesmo sentido, tenham sido proferidas cinco sentenças transitadas em julgado ou, existindo situações de processos em massa, nesse sentido tenham sido decididos em três casos os processos seleccionados segundo o disposto no artigo 48.º.

3 - Para o efeito do disposto no n.º 1, o interessado deve apresentar, no prazo de um ano contado da data da última notificação de quem tenha sido parte no processo em que a sentença foi proferida, um requerimento dirigido à entidade administrativa que, nesse processo, tenha sido demandada.

4 - Indeferida a pretensão ou decorridos três meses sem decisão da Administração, o interessado pode requerer, no prazo de dois meses, ao tribunal que tenha proferido a sentença a extensão dos respectivos efeitos e a sua execução em seu favor, sendo aplicáveis, com as devidas adaptações, os trâmites previstos no presente título para a execução das sentenças de anulação de actos administrativos.

5 - A extensão dos efeitos da sentença, no caso de existirem contra-interessados que não tenham tomado parte no processo em que ela foi proferida, só pode ser requerida se o interessado tiver lançado mão, no momento próprio, da via judicial adequada, encontrando-se pendente o correspondente processo.

6 - Quando, na pendência de processo impugnatório, o acto impugnado seja anulado por sentença proferida noutro processo, pode o autor fazer uso do disposto nos n.ºs 3 e 4 do presente artigo para obter a execução da sentença de anulação.”

³⁶ Artigo 94, n 3, do CPTA: “Quando o juiz ou relator considere que a questão de direito a resolver é simples, designadamente por já ter sido apreciada por tribunal, de modo uniforme e reiterado, ou que a pretensão é manifestamente infundada, a fundamentação da decisão pode ser sumária, podendo consistir na simples remissão para decisão procedente, de que se junte cópia.”

Pretende-se estudar os mecanismos através dos quais o legislador previne e repele as múltiplas impugnações de atos da Administração produzidos em massa (ou com efeitos de massa), no afã de acelerar as soluções dos conflitos, bem como as julgar de forma uniforme e segura. Como já afirmado acima, reitera-se que o Princípio de Agilização Processual (conhecido no Direito português) é extraído do novo contencioso administrativo, cabendo também reiterar a sua origem espanhola.

Impende realçar que há inúmeros mecanismos criados para fazer valer o Princípio da Agilização Processual (do Direito português) e o Princípio da Economia Processual (do Direito brasileiro), mas ditos mecanismos nem sempre se referem a demandas de massa. Essas últimas requerem soluções para a reação às múltiplas impugnações judiciais de atos administrativos em massa (ou de efeitos de massa).

Cabe exemplificar algumas soluções pertinentes ao Princípio da Agilização Processual no direito português:

Processos em massa – instrumentos previstos nos artigos 48 e 161 (parte final) do CPTA que visam reagir às demandas de massa através da escolha de apenas um processo para julgamento como paradigma em relação aos demais similares (escolha essa através de certos critérios previamente definidos) que ficam suspensos.

Extensão dos efeitos da sentença – beneficiando aqueles que não lançaram mão do instrumento processual próprio, na época devida, pois com a extensão dos efeitos poderão exigir que determinada entidade administrativa se comporte para com ele como se ele tivesse obtido êxito em processo judicial transitado em julgado.³⁷

³⁷ Segundo DIOGO FREITAS DO AMARAL e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “em primeira linha, está aqui em causa o reconhecimento a quem não lançou mão, no momento próprio, do meio processual adequado a fazer valer seus interesses, do direito de exigir que determinada entidade administrativa se comporte para com ele como se tivesse sido ele a obter uma sentença transitada em julgado que, na realidade foi proferida contra essa mesma entidade num processo intentado por terceiro.” (ALMEIDA, Mário Aroso de e AMARAL, Freitas do. *Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo*. 3ª edição. Almedina. Lisboa, 2007. Pág. 107).

Embora tal mecanismo não tenha sido criado especificamente para as demandas de massa, sua maior aplicação se deu para tal tipo de demanda.

Apensação – através da qual haverá uma unidade de instrução, de discussão e de decisão, referentes a várias demandas processadas em conjunto num processo principal, não obstante se guarde a individualidade de cada uma delas.³⁸ Note-se que tal mecanismo, embora se mostre como meio de agilização processual, não tem o escopo de resolver os problemas dos processos de massa.

Fundamentação sumária da decisão – o artigo 94, n.3, do CPTA permite que os juízes procedam a uma fundamentação sumária da decisão quando a questão for de direito simples ou quando a pretensão seja manifestamente infundada.

Arbitragem – o artigo 187³⁹ prevê os centros de arbitragem no afã de solucionar litígios administrativos de forma extrajudicial, mostrando-se como um paliativo dos processos de massa.

Processos de interesses difusos ou interesses individuais homogêneos – artigo 12 e seguintes, da Lei de Ação Popular portuguesa. Veja-se que, quando os particulares

³⁸ Tal mecanismo é visto nos dispositivos 4º, 5º, 12º, 28º, 47º e 61º do CPTA. Nos artigos 4º, 5º e 47º (quanto à ação administrativa especial), tem-se o regime de cumulação de pedidos no contencioso administrativo. Já no artigo 12º, tem-se o regime da coligação de partes. Ambos os regimes mostram-se como pressuposto para a apensação, que se dá nos termos dos artigos 28º e 61º do CPTA. Quando satisfeito os dois pressupostos (cumulação de pedidos e coligação de partes), o juiz poderá determinar a apensação, mesmo que os processos encontram-se em tribunais diferentes (salvo se o estado dos processos impeçam ou haja outra razão forte para tanto).

³⁹ Artigo 187 do CPTA: “O Estado pode, nos termos da lei, autorizar a instalação de centros de arbitragem permanente destinados à composição de litígios no âmbito das seguintes matérias:

- a) Contratos;
- b) Responsabilidade civil da Administração;
- c) Relações jurídicas de emprego público;
- d) Sistemas públicos de protecção social;
- e) Urbanismo.

2 - A vinculação de cada Ministério à jurisdição de centros de arbitragem depende de portaria conjunta do Ministro da Justiça e do ministro da tutela, que estabelece o tipo e o valor máximo dos litígios abrangidos, conferindo aos interessados o poder de se dirigirem a esses centros para a resolução de tais litígios.

3 - Aos centros de arbitragem previstos no n.º 1 podem ser atribuídas funções de conciliação, mediação ou consulta no âmbito de procedimentos de impugnação administrativa.”

entram com uma ação em conjunto, para a defesa de interesses individuais homogêneos, findam por evitar interposição de vários processos similares (processos de massa).

Todos os mecanismos acima citados tratam, evidentemente, de mecanismos de agilização processual que findam por acelerar as demandas massificadas. Contudo, por não se referir expressa e especificamente a “processos em massa” como se vê dos artigos 48 e 161 do CPTA, o presente estudo cingir-se-á a esses últimos dispositivos, para fins de uma melhor concentração do tema.

Através dos artigos 48 e 161 do CPTA, o legislador estabeleceu um regime de reação e prevenção aos litígios de massa, na medida em que os impede através da suspensão dos processos similares já propostos (com a escolha de um paradigma a seguir seu curso normal) (reação) e com a extensão dos efeitos da decisão (impedindo interposições de ações conflitantes com essa decisão) (prevenção).

4.2.3. Mecanismo alusivo a demandas de massa propriamente ditas

A) ARTIGO 48 DO CPTA (como solução para demandas de massa já intentadas, e não para evitar futuras ações em massa)

Como já elucidado, o dispositivo em comento é um mecanismo reativo às demandas de massa, cuja criação foi inspirada nos ordenamentos jurídicos espanhol e alemão.

No CPTA português, pelo artigo ora em comento, criou-se um mecanismo de escolha, pelo presidente do tribunal⁴⁰, de um (ou alguns) processo (s) para trâmite

⁴⁰ Parte final do item 1 do artigo 48 do CPTA: “(...) o presidente do tribunal pode determinar, ouvidas as partes, que seja dado andamento a apenas um ou alguns deles, que neste último caso são apensados num único processo, e se suspenda a tramitação dos demais”. Note-se que a competência conferida ao presidente do tribunal foi inovação portuguesa, na medida em que o ordenamento espanhol e o alemão apenas referem-se a “tribunal”. Correto o legislador português, já que é compreensível e lógico que é o juiz presidente que terá maior capacidade para uma visão complexiva de todos os processos pendentes no tribunal.

contínuo, dentre um conjunto mínimo de vinte, com a conseqüente suspensão dos demais, aos quais se aplicarão a decisão proferida naquele (s) selecionado (s).

Esse processo escolhido é chamado pela doutrina de “processo modelo”, “processo paradigma”, “processo prioritário”, “processo piloto”. Note-se que não se trata aqui do pensamento constante do artigo 28 do CPTA.

Na verdade, tratam-se de processos intentados contra atos (contextuais ou não) da mesma entidade administrativa, praticados em face da mesma questão ou da mesma relação jurídica material (ou, quando praticados em face de questão ou relação jurídica material diferente, requerem a incidência das mesmas normas legais a iguais situações de fato).⁴¹

Campos de incidência provável da aplicação do artigo em comento são na área do funcionalismo público, da segurança social, de urbanismo ou até ambientais. Como exemplos práticos, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA E RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA elencam: ações contra uma declaração de utilidade pública de propriedades existentes em uma zona rural ou urbana, bem como a lista de classificação de concursos da função pública.⁴²

Nessa oportunidade, cabe esmiuçar os pressupostos e características desse mecanismo português:

A.1. Requisitos: (item 1 do artigo 48)

A.1.1: Existência de no mínimo vinte⁴³ processos “*que, embora reportados a diferentes pronúncias da mesma entidade administrativa, digam respeito à mesma relação jurídica material ou, ainda que respeitantes a diferentes relações jurídicas*”

⁴¹ OLIVEIRA, Mário Esteves de, OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. Código de Processo nos Tribunais Administrativos (comentado). volume I. Almedina. Coimbra, 2006, pág. 318.

⁴² OLIVEIRA, Mário Esteves de, OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. Código de Processo nos Tribunais Administrativos (comentado). volume I. Almedina. Coimbra, 2006, pág. 318.

⁴³ Número esse que foi inspirado no § 93^a da VwGO alemã (como todo o demais regime do artigo 48 em comento).

coexistentes em paralelo⁴⁴, sejam susceptíveis de ser decididos com base na aplicação das mesmas normas a idênticas situações de facto.”

A.1.1.1. A extensão da quantidade de processos exigida para o uso desse mecanismo é o seu ponto justificador, na medida em que mostra a necessidade de suspensão dos demais processos quejandos ao selecionado, caso se pretenda uma agilização processual e “desafogamento” do Judiciário, bem como uma maior segurança jurídica.

A.1.1.2. Quanto à exigência de “mesma relação jurídica material”, cabe comparar com o ordenamento espanhol, o qual fala de “recursos com idêntico objeto”.

A maioria da doutrina portuguesa entende como relação jurídica de direito administrativo aquela relação em que a Administração tem poderes de autoridade (ou impõe restrições de interesse público) sobre os particulares (administrados), ou aquela relação em que os particulares possuem direitos ou deveres públicos perante à Administração.

Logo, ter-se-á o mesmo tipo de relação material quando se constatar os iguais poderes ou restrições da Administração ou iguais direitos ou deveres dos particulares perante a Administração.⁴⁵

A.1.1.3. No que tange à possibilidade de aplicação do artigo 48 do CPTA a relações jurídicas materiais diversas, essas tem que ser susceptíveis de serem resolvidas por normas jurídicas iguais, referentes a idênticas situações de fato. A diferença aí é dos feixes de direitos e deveres. Embora com diversos feixes de direitos e deveres (seja em relação ao particular ou à Administração), ainda assim ensejam a aplicação dos mesmos dispositivos normativos jurídicos para uma mesma situação

⁴⁴ Referindo-se aí a uma coexistência temporal.

⁴⁵ A análise dessas relações jurídicas (para desvendar se são similares ou não) poderá ser feita através da análise dos atos administrativos que as criaram, modificaram ou extinguiram. (CORREIA, José Manuel Sérvulo, “Impugnações de Actos Administrativos” in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n. 16, pág. 12).

de fato.⁴⁶

Nessa oportunidade, também se esclarece que será impossível a aplicação da regra em comento para processos, conjuntamente, que se refiram à impugnação de atos administrativos e ações que visam a condenação da Administração à prática do ato dito devido.⁴⁷

A.1.1.4. Os processos devem dizer respeito a pronúncias da “mesma entidade administrativa”. Nessa oportunidade, cabe ressaltar que deve ser a mesma pessoa coletiva ou mesmo ministério, se for o caso, mas não é necessário que seja do mesmo órgão.⁴⁸

Aqui também cabe enfatizar que a previsão legal no sentido de ser cabível a aplicação desse dispositivo nos processos contra “pronúncias” da entidade administrativa afasta a possibilidade de englobar-se processos contra ilegalidade de normas jurídicas (ou da sua omissão), já que nesses últimos casos haverá uma extensão dos efeitos obrigatória e geral (efeitos “erga omnis”). Nesses casos, o que pode haver é a apensação prevista no artigo 28 do CPTA.⁴⁹

A.1.1.5. Os processos devem estar em andamento no mesmo tribunal.

A.1.2. Ouvida prévia das partes. Quanto à essa necessidade de ouvir as partes anteriormente, trata-se de requisito também previsto pela LJCA (artigo 37.2) e pela VwGO (§93.a.1), apenas ressaltando que o ordenamento jurídico espanhol estipula prazo certo de cinco dias, o que não ocorre no ordenamento jurídico português.

⁴⁶ Como exemplo, tem-se, no caso do urbanismo ou do ambiente, pretensões de particulares com situações jurídicas precárias ou provisórias e ainda com situações jurídicas definitivas, que poderão requerer a aplicação de normas idênticas em face de uma idêntica situação de fato.

⁴⁷ OLIVEIRA, Mário Esteves de, OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. Código de Processo nos Tribunais Administrativos (comentado). volume I. Almedina. Coimbra, 2006, pág. 320.

⁴⁸ OLIVEIRA, Mário Esteves de, OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. Código de Processo nos Tribunais Administrativos (comentado). volume I. Almedina. Coimbra, 2006, pág. 319.

⁴⁹ OLIVEIRA, Mário Esteves de, OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. Código de Processo nos Tribunais Administrativos (comentado). volume I. Almedina. Coimbra, 2006, pág. 319.

Além das partes, deverá ser ouvida também previamente, a entidade demandada e os contra-interessados.⁵⁰

Cabe aqui ressaltar que o CPTA só trata dessa única oportunidade de ouvida das partes (em que a doutrina já acresceu a possibilidade de manifestação também dos contra-interessados). Ocorre que o Princípio do contraditório e da ampla defesa talvez não se satisfaçam só com essas oportunidades de manifestação.

Assim, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA asseguram, em relação às entidades demandadas e aos contra-interessados: a) a possibilidade de recurso contra a decisão do juiz que, após o trânsito em julgado da sentença do processo modelo, entende possível a respectiva extensão dos efeitos aos processos suspensos por não possuírem qualquer especificidade (ou vice e versa, caso entendam que tais processos possuam alguma especificidade); b) direito ao contraditório, nos casos das alíneas b, c e d⁵¹ do item 5 do artigo 48, não possuindo direito às opções do item 5, opções essas abertas aos autores dos processos suspensos; Cabe ressaltar que, ao contra-interessado do processo suspenso deve sim ser assegurado o direito de recurso.⁵²

O contraditório aludido acima é de extrema importância e se refere à defesa de uma eventual especificidade ou não do processo suspenso, bem como para contrariar fundamentos de fato e de direito em que se lastreou a sentença modelo. Caso o contraditório se cingisse aos aspectos do artigo 177, n.1 do CPTA, restaria claramente limitado. Já quanto ao contraditório pertinente a esse dispositivo (177, n.1 do CPTA), cabe reiterar que os contra-interessados e a entidade demandada podem, em sede de contestação, argüir qualquer irregularidade das decisões ou referentes ao artigo 5º do artigo 48 do CPTA.⁵³

⁵⁰ Essa manifestação deverá ocorrer num prazo simultâneo de 10 (dez) dias para todos aqueles aludidos (OLIVEIRA, Mário Esteves de, OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. Código de Processo nos Tribunais Administrativos (comentado). volume I. Almedina. Coimbra, 2006, pág. 321).

⁵¹ Alíneas b, c e d do artigo 48, n.5: requerer a extensão da sentença, continuar com o processo ou recorrer, respectivamente.

⁵² OLIVEIRA, Mário Esteves de, OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. Código de Processo nos Tribunais Administrativos (comentado). volume I. Almedina. Coimbra, 2006, pág. 326.

⁵³ OLIVEIRA, Mário Esteves de, OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. Código de Processo nos Tribunais Administrativos (comentado). volume I. Almedina. Coimbra, 2006, pág. 326.

A.2. Traços e aspectos importantes

A.2.1. Cabe a aplicação do mecanismo em análise para “*diferentes tipos de pronúncias da mesma entidade administrativa*”, alargando, assim, o legislador, a aplicação do mesmo.

A.2.2. Nos termos do artigo 48, n.3, “*(...) o tribunal deve certificar-se de que no processo ou processos aos quais seja dado andamento prioritário a questão é debatida em todos os seus aspectos de facto e de direito e que a suspensão da tramitação dos demais processos não tem o alcance de limitar o âmbito da instrução, afastando a apreciação de factos ou a realização de diligências de prova necessárias para o completo apuramento da verdade.*”

Note-se aqui que se trata, na verdade, de uma regra geral de direito processual, cuja importância o legislador apenas pretendeu enfatizar, já que desnecessária essa norma explícita sobre tal matéria. Talvez a intenção do legislador fosse a de evitar com mais ênfase qualquer utilização abusiva do instrumento criado pelo artigo 48 em comento.

Mais uma vez cabe realçar a importância da escolha desse processo modelo, na medida em que deverá abarcar todos os aspectos fáticos e jurídicos da relação jurídica comum a todos os processos do conjunto suspenso⁵⁴. Reconhece-se, aqui, que tal seleção não corresponde a uma atividade fácil, principalmente porque se dá de forma superficial e numa fase preliminar dos processos analisados.

Há vários critérios a serem observados, em conjunto, na escolha do processo modelo, valorando-se os seguintes aspectos, na escolha em tela: a) petição inicial

⁵⁴ Nessa oportunidade, cabe realçar a importância da atuação do magistrado para a promoção do próprio acesso à justiça material, aqui relacionado. Sobre a matéria, interessante conferir: LOPES, José Eduardo Oliveira Gonçalves. *O Dever do Juiz de Acesso à Justiça (no âmbito da vinculação do juiz ao direito de acesso ao direito e aos tribunais)*. Lisboa, 2004, Relatório de mestrado para a cadeira de Direitos Fundamentais apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (orientador: Dr. Paulo Otero).

mais abrangente e com melhor instrução e maior fundamentação, quanto às questões fáticas e jurídicas abordadas; b) processo mais antigo; c) processo que possua maior número de contra-interessados; d) processo de maior expressão econômica; e) processo que seja acompanhado pelo advogado mais experiente;⁵⁵

Contra um equívoco referente a essa escolha ou referente ao julgamento desse processo escolhido, caberá recurso por parte do interessado (o que não significa a possibilidade de haver um irreparável tempo perdido. Veja-se, ainda, que a existência de recurso contra a sentença prolatada no processo modelo, ou contra a escolha desse processo modelo não substitui integralmente a garantia que tais particulares teriam caso fossem chamados a integrar a tal processo paradigma, e nele pudessem intervir).

O recurso contra a decisão judicial que aplica o artigo 48 do CPTA, suspendendo os processos que entendeu similares, interposto pelos autores das causas suspensas, cingir-se-á, apenas e tão somente, à alegação de violação dos requisitos legais desse mecanismo (nunca podendo tratar da inconveniência em concreto).⁵⁶

A.2.3. Note-se que há um verdadeiro “congelamento” dos demais processos envolvidos, pelo que restam os seus autores impossibilitados de desligarem-se dessa situação processual em que estão inseridos em face da massificação.⁵⁷

Eles estão atrelados aos termos e à sequência do processo paradigma, mas sem que possam sequer se beneficiar imediatamente de uma eventual sentença de primeira instância que lhes sejam parcialmente procedentes, quando o autor do processo modelo interpuser recurso.⁵⁸

⁵⁵ OLIVEIRA, Mário Esteves de, OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. Código de Processo nos Tribunais Administrativos (comentado). Volume I. Almedina. Coimbra, 2006, pág. 321.

⁵⁶ Cfr. teor do artigo 679 do CPC português e OLIVEIRA, Mário Esteves de, OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. Código de Processo nos Tribunais Administrativos (comentado). Volume I. Almedina. Coimbra, 2006, pág. 321.

⁵⁷ OLIVEIRA, Mário Esteves de, OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. Código de Processo nos Tribunais Administrativos (comentado). Volume I. Almedina. Coimbra, 2006, pág. 321.

Cabe também esclarecer que esse “congelamento” não abarca as cautelares referentes aos processos suspensos.⁵⁹

A.2.4. Como já elucidado, o mecanismo em tela trata de uma escolha, pelo presidente do tribunal, de um (ou alguns) processo (s) para trâmite contínuo, dentre um conjunto mínimo de vinte, com a conseqüente suspensão dos demais, aos quais se aplicarão a decisão proferida naquele (s) selecionado (s).

Na verdade, melhor será se a escolha for de UM processo, sendo a opção “alguns” uma opção subsidiária, caso em que deverá haver uma separação por categorias.

Uma pergunta que ora se faz é se caberia uma nova alternativa ao item 5 do artigo 48, na medida em que o autor do processo suspenso possa impugnar a escolha do processo paradigma cujos efeitos pretende-se seja estendido ao seu caso.⁶⁰ Parece ser pertinente uma resposta afirmativa, mas sobre a mesma não se desenvolverá no presente trabalho para que não se desencaminhe do foco ora em estudo.

A.2.5. O mecanismo previsto no artigo 48º do CPTA está sujeito ao regime dos processos urgentes (artigo 36º do CPTA), pelo qual *“Os processos urgentes correm em férias, com dispensa de vistos prévios, mesmo em fase de recurso jurisdicional, e os actos da secretaria são praticados no próprio dia, com precedência sobre quaisquer outros”*.

Essa sujeição ao regime dos processos urgentes cinge-se ao andamento do processo modelo. Então se pergunta se não seria justo estender essa sujeição também aos processos suspensos quando voltassem a ter andamento, em caso de opção, por seus autores, pela continuidade após a notificação do transito em

⁵⁸ OLIVEIRA, Mário Esteves de, OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. Código de Processo nos Tribunais Administrativos (comentado). volume I. Almedina. Coimbra, 2006, pág. 321

⁵⁹ OLIVEIRA, Mário Esteves de, OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. Código de Processo nos Tribunais Administrativos (comentado). volume I. Almedina. Coimbra, 2006, pág. 322

⁶⁰ OLIVEIRA, Mário Esteves de, OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. Código de Processo nos Tribunais Administrativos (comentado). volume I. Almedina. Coimbra, 2006, pág. 325.

julgado da sentença do processo modelo, cuja resposta parece afirmativa para MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA E RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA (até em face da disposição *ad hoc* tomada pelo respectivo magistrado nos moldes do artigo 265-A do CPC português⁶¹).⁶² Sobre tal resposta, também não merece maior desenvolvimento em face da proposta do presente trabalho.

A.2.6. Em consonância com os termos do item 4 do artigo 48, tem-se que todos os juízes devem intervir no julgamento dos processos de massa^{63 64}. Em face dessa determinação, vislumbra-se um inequívoco carácter persuasivo da decisão proferida no processo modelo (mesmo que a parte do processo suspenso opte em dar seguimento a sua ação, por não querer a extensão dos efeitos da sentença proferida no processo modelo ao seu, a tal sentença será persuasiva, pois o juiz que julgará sua causa participou do julgamento daquele processo paradigma, sendo, portanto, provável que julgue da mesma forma).

Assim, clara é a intenção legal no sentido de uma uniformização de jurisprudência sobre a matéria.

A exigência ínsita no item em tela corresponde a uma garantia de segurança do mecanismo que se implantou com o artigo 48º do CPTA. Em assim procedendo, ter-se-á uma jurisprudência pacificada de forma justa e célere quanto aos

⁶¹ “ARTIGO 265.º-A (Princípio da adequação formal) Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações.”

⁶² OLIVEIRA, Mário Esteves de, OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. Código de Processo nos Tribunais Administrativos (comentado). volume I. Almedina. Coimbra, 2006, pág. 326.

⁶³ “Ao processo ou processos seleccionados segundo o disposto no n.º 1 é aplicável o disposto neste Código para os processos urgentes e no seu julgamento intervêm todos os juízes do tribunal ou da secção.”

⁶⁴ Sobre o dever de intervenção de todos os juízes no julgamento do processo modelo, DIOGO FREITAS DO AMARAL e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA afirmam que “***claramente se pretende assegurar que a decisão que nesse processo venha a ser proferida seja assumida por todos, desse modo diminuindo a possibilidade de qualquer deles vir a decidir em sentido diferente os processos que ficaram suspensos, no caso de ser requerida a respectiva continuação, ao abrigo do disposto do artigo 48º, n. 5, alínea c.***”. (Amaral, Diogo Freitas do, e Almeida, Mário Aroso de. *Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo*. Almedina. Coimbra, 2007. pág. 109 e 110).

processos massificados, fomentando segurança jurídica aos cidadãos.

A.2.7. Ainda para tratar de características importantes do instrumento em tela, mais uma vez cabe reiterar a criação, pelo artigo 48 do CPTA, de um mecanismo de escolha, pelo presidente do tribunal, de um (ou alguns) processo (s) para trâmite contínuo, dentre um conjunto mínimo de vinte, com a conseqüente suspensão dos demais, aos quais se aplicarão a decisão proferida naquele (s) selecionado (s). Aqui cabe tratar de mais uma questão.

Veja-se que o presidente do tribunal (embora não exista um critério de escolha explícito na norma em comento), deverá selecionar o que demonstrar maior chance de satisfazer as garantias dos titulares das pretensões em “jogo”, possibilitando um tratamento completo de todas as questões jurídicas ínsitas no conjunto de processos analisados.⁶⁵

Acresça-se, ainda, que o dispositivo em tela deixou bem claro que “a suspensão da tramitação dos demais processos não tem o alcance de limitar o âmbito de instrução, afastando a apreciação de factos ou a realização de provas para o completo apuramento da verdade.”

MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA acrescentam que as questões suscitadas devem ser discutidas em todos os seus relevantes aspectos de fato e de direito, designadamente pelo autor do processo prioritário.

Sugerem os doutrinadores acima referidos que o magistrado deve, inclusive, acompanhar o patrocínio forense do advogado do autor do processo modelo, devendo suscitar questões que julgue relevantes para a decisão (incluindo até as que não tenham sido suscitadas senão nos processos suspensos, esclarecendo-se, todavia, que não haverá dever processual daquele advogado referido em debater

⁶⁵ Para tanto, o ordenamento jurídico alemão esclarece bem: “Musterverfahren” (que significa “processos tipos ou processo tipo”: um modelo das demais demandas suspensas, protótipo possuidor de todas as questões da relação jurídica material em causa).

quando as entenda inúteis à parte outorgante). Os renomados doutrinadores referidos ainda consideram ser estranho que se discuta sobre fatos estranhos ao processo em si (mas pertinentes apenas aos processos de outros, os suspensos).⁶⁶

Por fim, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA ainda consideram uma certa dificuldade encontrada pelos magistrados na medida em que deverão manter a imparcialidade e, concomitantemente, procurar abarcar todos as questões referentes a todos os processos envolvidos, ressaltando que ditos magistrados não poderão ultrapassar os limites do artigo 264 do CPC português.⁶⁷

Cabe elucidar que, em caso de interposição de novas demandas que se enquadrem nos pressupostos do item 1 do artigo 48 do CPTA mesmo após a seleção do processo modelo, tais processos podem ser também suspensos, após a audiência das partes.

A.2.8. Os processos suspensos envolvidos não precisam ter semelhança temporal, quanto à data de instauração. Na realidade, será um pouco difícil “acalmar os ânimos” dos autores daqueles processos mais antigos. Será difícil “explicar” como terão que esperar durante algum intertempo (cuja duração também não será possível prever) até o trânsito em julgado de um processo modelo, que poderá até não ser aplicado ao seu processo, caso se julgue, posteriormente, que sua ação possui alguma peculiaridade. Em regra, é provável que tais autores não vejam tal fato com leveza.

A.2.9. Pela simples leitura do item 5 do artigo 48 do CPTA, tem-se que ainda haverá um juízo sobre a existência de especificidade dos respectivos processos suspensos no intertempo entre o trânsito em julgado e a notificação dos respectivos autores.

⁶⁶ OLIVEIRA, Mário Esteves de, OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. Código de Processo nos Tribunais Administrativos (comentado). volume I. Almedina. Coimbra, 2006, pág. 323.

⁶⁷ OLIVEIRA, Mário Esteves de, OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. Código de Processo nos Tribunais Administrativos (comentado). volume I. Almedina. Coimbra, 2006, pág. 323.

Caso se entenda que o processo suspenso tem peculiaridade em relação ao paradigmático, àquele os efeitos desse não serão estendidos.⁶⁸

O dispositivo em tela não deixa claro de quem seria a competência para tal juízo, mas, segundo MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO DE OLIVEIRA, tal competência pertence, logicamente, ao juiz da causa suspensa (já que seria o magistrado que mais teria conhecimento das especificidades desse processo).⁶⁹

Questão interessante é a de saber como e por qual razão as partes podem ou poderiam reagir a uma ausência de notificação sobre esse juízo de existência ou não de identidade de situação (quando se decida pela existência de especificidade).

Em tese, quando não se proceda a notificação da decisão do processo modelo aos autores dos processos suspensos por entender que tais casos possuem certa especificidade, os mesmos não são em nada prejudicados. Nessa hipótese, os autores dos processos suspensos sempre poderão desistir ou recorrer da sentença neles proferidas. Ademais, também poderão requerer a extensão dos efeitos da sentença proferida no processo modelo com fulcro no artigo 161, n.1 (que lhes permite submeter a questão para averiguar se a sua situação é perfeitamente idêntica àquela que foi tratada do processo paradigma).⁷⁰

Não obstante o acima exposto, parte da doutrina entende que tais autores poderiam, ainda, se preferissem, recorrer (com base no artigo 680, n.2, do CPC,

⁶⁸ Segundo MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, “Esta explicitação justifica-se, porquanto a conexão objetiva que determinou a apensação dos processos pode não se confirmar na apreciação final do processo seleccionado, pelo menos em relação a algum ou alguns dos segmentos decisórios, caso em que não tem cabimento continuar a aplicar-lhes o regime dos processos em massa. Nestes termos, o tribunal irá efectuar a notificação, para os efeitos previstos naquele n.5, em relação às partes que puderem aproveitar da decisão proferida no processo seleccionado. E quanto aos restantes – embora a lei não especifique -, a solução lógica é a de determinar a cessação da situação de apensação, fazendo com que os processos até então suspensos prossigam os termos normais.” (ALMEIDA, Mário Aroso de, CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos, 2ª edição revista, 2007, Almedina, págs 283 e 284).

⁶⁹ OLIVEIRA, Mário Esteves de, OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. Código de Processo nos Tribunais Administrativos (comentado). volume I. Almedina. Coimbra, 2006, pág. 324 e 325.

⁷⁰ ALMEIDA, Mário Aroso de, CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos, 2ª edição revista, 2007, Almedina, pág. 284.

aplicado supletivamente ao contencioso administrativo com base no artigo 141, n.º 2 do CPTA, segundo o qual as pessoas direta ou indiretamente prejudicadas pela decisão podem dela recorrer, ainda que não sejam partes na causa) dessa decisão valorativa de especificidade, acaso entendessem que foram prejudicados. Os contra-interessados e a entidade reclamada também poderão recorrer com base no mesmo artigo (680, n.º 2, do CPC português).⁷¹

A.2.10. No que pertine às escolhas de conduta das partes dos processos suspensos, elas podem:

Pedir a desistência do próprio processo (alínea a do n.º 5 do artigo 48). É a opção mais simples, compatibilizando com eventual opção diferente que outro particular venha a adotar. Tal se dará, em regra, em caso de improcedência do processo modelo.

MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA esclarecem que, caso os autores dos processos suspensos quedem-se inertes, sem manifestarem-se no prazo acima estabelecido, haverá absolvição da respectiva instância (extinção do feito sem julgamento do mérito). Acrescem que as consequências seriam similares às de uma deserção, não se aplicando, aqui o condicionamento previsto no artigo 296, n.º 1 do CPC português.⁷²

Como segunda opção, podem *requerer a extensão dos efeitos da sentença proferida no processo paradigmático*.

Podem ainda *requerer a continuação do próprio processo* (alínea “c” do n.º 5 do artigo 48). Tal possibilidade pretende ser a maior garantia dessas partes ínsito nas normas referentes às demandas de massa. Essa possibilidade também foi prevista na lei espanhola inspiradora do artigo 48 do CPTA. Dita previsão legal apenas foi

⁷¹ ALMEIDA, Mário Aroso de, CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos, 2ª edição revista, 2007, Almedina, pág. 284.

⁷² OLIVEIRA, Mário Esteves de, OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. Código de Processo nos Tribunais Administrativos (comentado). volume I. Almedina. Coimbra, 2006, pág. 323 e 328.

inserida em face da crença do legislador de que tal opção apenas se dará eventualmente e em certas situações em que, efetivamente, a gravidade ou especificidade não suporte a extensão dos efeitos (hipótese em que o mecanismo ora em estudo poderá ser posto em prática com sucesso).

Em verdade, o particular, de fato, terá uma tendência a apenas usar essa opção em casos realmente especiais, já que a “perda” de tempo correspondente ao tempo da suspensão findará por duplicada com a continuação de seu processo a partir da decisão do processo modelo.

Além disso, presume-se que se tratam de demandas efetivamente similares em face do teor do item 3 do artigo 48 do CPTA. Assim sendo, terá o particular a consciência de que a probabilidade é de que seu processo, mesmo que continue em seus trâmites legais, findará por ser julgado da mesma forma que o processo modelo, já que o julgamento desse último se deu com a participação de todos os juízes (o que termina por influenciar até nas futuras demandas de massa sobre a mesma matéria).

Note-se que tal opção faz com que o processo dessa parte torne-se autônomo em relação ao processo modelo e aos demais, e pode ser adotada em caso de improcedência do processo modelo, ou em caso de entender a parte que a lide paradigma não englobou todos os elementos da sua lide.

Como quarta opção, as partes dos processos suspensos podem também *Interpor recurso*, no prazo de trinta dias⁷³, no caso de prolação em primeira instância (alínea d, item 5, artigo 48)⁷⁴. Poder-se-ia perguntar se realmente esse seria o momento oportuno para conferir legitimidade ativa recursal às partes dos processos suspensos (ou se seria mais adequado apenas lhes conferir tal legitimidade após a extensão dos efeitos nos termos do artigo 161). Da forma como se lê a alínea d,

⁷³ Critica-se tal prazo, por se tratar de processo urgente (hipótese em que o prazo para recurso deveria corresponder a 15 dias, nos termos do artigo 147 do CPTA).

⁷⁴ Tal hipótese não foi prevista pela LJCA (em seu artigo 37.2), mas pode-se inferi-la da VwGO (§93^a.2, in fini), ao permitir ao interessado a utilização dos meios de impugnação comuns.

item 5, artigo 48, tem-se que o legislador tencionou conferir uma extensão da legitimidade recursal paralela, concomitantemente à extensão dos efeitos da decisão.

Cabe ressaltar que não existirá a hipótese de haver interesses contraditórios entre uma gama de autores. Note-se que o legislador foi incisivo no sentido de que exista uma pretensão comum, mesmo que conformada por vários matizes. No máximo, o que pode acontecer é que parte desses autores entendam que o processo modelo não apreciou todas as matérias fáticas e jurídicas existentes em seus processos (o que ensejaria a opção prevista na alínea c, item 5, do artigo 48: pediriam a continuação de seus processos).

Acrescente-se que essa hipótese recursal se dará nos casos em que o particular-parte do processo modelo - não interpõe recurso. Assim, tal decisão transitará em julgado para o mesmo (não se aplicando o artigo 683 do CPC português, que prevê a extensão do recurso aos compartes não recorrentes, já que não há, no presente caso, litisconsórcio, muito menos necessário). Os efeitos do recurso só aproveitarão a quem o interpôs (ou aos autores dos demais processos suspensos se assim o quiserem).

Em um mundo idílico, poder-se-á pretender que todas as partes dos processos suspensos adotem uma opção única. Contudo, no mundo real ou meramente acadêmico, mister se faz prever a hipótese de cada parte optar por uma conduta diferente (dentre as quais, incluindo-se a opção pelo recurso)⁷⁵.

Se parte dos interessados optarem pela extensão dos efeitos e outra parte optar pela continuação do processo, não haveria qualquer impasse. Todavia, se uma parte opta pela extensão dos efeitos e/ou pela continuação do processo, mas outra

⁷⁵ Diz-se mundo real ou acadêmico (de equivocada seleção do processo modelo), porque, racionalmente pensando, tem-se que às partes dos demais processos suspensos só interessariam a extensão dos efeitos (em caso de procedência) ou a continuação de seus respectivos processos (em caso de improcedência), já que os autos, em tese, tratam da mesma matéria.

parte opta pela interposição de recurso, haveria, aí sim, um problema a ser resolvido. Então se pergunta: se esse recurso tiver efeito suspensivo?⁷⁶

Para tal problema, pode-se considerar três hipóteses:

em caso de efeito suspensivo do recurso, os interessados que tinha pleiteado apenas a extensão dos efeitos da sentença recorrida deverão esperar o julgamento do recurso para solicitarem a extensão pretendida.

O recurso aproveitará apenas ao recorrente, podendo os demais optarem pelo extensão dos efeitos da sentença recorrida aos seus casos. Mas tal hipótese poderá ensejar novos processos em massa, sendo estímulo a vários autores a recorrerem da decisão. Para tal hipótese, o recurso haveria de ter efeito apenas *inter partes* (e não, *ultra partes*).

Facultar-se-á apenas ao autor do processo modelo a interposição do recurso (caso em que os demais demandantes continuariam com seus processos suspensos).

Para o caso hipotético ora analisado, mostra-se, assim, mais sensato, distanciando-se menos do intuito legislativo, a alternativa que permite a todos os autores recorrerem da decisão do processo modelo, quando, então, a extensão dos efeitos da sentença ficará suspensa até decisão do recurso.

B) ARTIGO 161 – EXTENSÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA (note-se que se trata de solução para demandas de massa já intentadas e também – diferentemente do artigo 48 acima estudado - para evitar futuras ações em massa)

O artigo ora em estudo também foi inspirado pela lei espanhola multireferida (artigo 110) e se deu como resposta (em seara extrajudicial) aos casos sobre funcionalismo público e aos casos de direito tributário (quando a aplicação de uma única norma com efeito a inúmeros destinatários desencadeia, contra a Administração Pública inúmeras impugnações sobre essa mesma questão material.

⁷⁶ Sobre essa discussão: Relatório do Seminário de Direito Administrativo do curso de mestrado 2002-2003, FARINHO, Domingos Soares.

Quanto ao enquadramento do dispositivo em comento dentro do CPTA, há crítica doutrinária sob o argumento de que a natureza jurídica do instrumento em tela não é de incidente de execução de sentença.⁷⁷

MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA ainda acrescentam que a maior parte dos preceitos do artigo em comento possui natureza material, e não processual (esclarecendo que apenas os números 4 e 6 possuem certo alcance processual, mas esse último é independente dos demais. Logo, o único elo que pode justificar o enquadramento desse instrumento na parte das execuções é a parte final do número 4).⁷⁸

Como se verá adiante, a reforma administrativa pretendeu simplificar a agilização processual para os casos em comento, todavia, de uma forma não tão simples. Segundo COLAÇO ANTUNES, “como demonstra a complexidade desta aparente simplificação, a codificação do direito processual administrativo vai, contrariamente, tornar ainda mais jurisprudencial o nosso contencioso administrativo.”⁷⁹

Cabe agora a análise dos requisitos e traços principais desse mecanismo:

⁷⁷ Segundo COLAÇO ANTUNES, “(...) o referido preceito está enquadrado no âmbito dos processos executivos, com destaque para os processos de execução das sentenças de anulação de actos administrativos. Faz parte, por tanto, do respectivo processo de execução das sentenças. (...) No nosso entendimento inclinamo-nos a precisar que assim não pode ser, pelo que, pese o fascínio do modelo inspirador, se trata, como aliás, é freqüente, de uma norma que não está situada no seu devido lugar.” Após tais afirmações, o autor aduz que a natureza jurídica do conteúdo do dispositivo em tela não pode ser o de incidente de execução de sentenças. (...) Daí que, nossa opinião, não se trate efectivamente de um mero incidente de execução, mesmo que o tribunal competente seja o mesmo que ditou a sentença que serve de base ao seu pedido. Creio que cabe aqui realçar a importância da prova documental para aferir e acreditar da identidade de situações que legitimem a conseqüente extensão dos efeitos.” ANTUNES, Colaço, “O artigo 161º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos: uma complexa simplificação”, in Caderno de Justiça Administrativa, n. 43, pág 16 a 19.

⁷⁸ ALMEIDA, Mário Aroso de, CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos, 2ª edição revista, 2007, Almedina, pág 919 e 920.

⁷⁹ ANTUNES, Colaço, “O artigo 161º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos: uma complexa simplificação”, in Caderno de Justiça Administrativa. N. 43. Janeiro/Fevereiro de 2004. pág. 19 e seguintes.

B.1. Artigo 161, n.1 - Da possível (e pretendida) extensão dos efeitos da decisão do processo modelo administrativa ou judicialmente

Do artigo 161, n. 1, do CPTA, depreende-se o âmago do mecanismo preventivo (com extensão *ultra partes* dos efeitos da sentença) referente a demandas de massa⁸⁰, mesmo que a parte a quem os efeitos da sentença se estenderão não tenha recorrido à via judicial.^{81 82}

Note-se que o dispositivo prevê a extensão dos efeitos para duas situações: a) anulação de um ato administrativo desfavorável⁸³; b) reconhecimento de uma

⁸⁰ Cf. CONTRERAS, Luis Martín. *La extensión de efectos de las sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa en materia tributaria y de personal*. Granada. Comares, 2000. XXIII. Pág. 276.

⁸¹ Tal possibilidade foi prevista na lei espanhola, fonte inspiradora do presente mecanismo. Já a lei alemã adotou mecanismo distinto, mas se chegando aos mesmos resultados (do § 56 combinado com § 65 da VwGO, tem-se que o juiz, observando haver mais de cinquenta pessoas com iguais interesses àquele apreciado em certa demanda modelo, deverá chamá-las, notificando-as genericamente para que optem nele intervir ou não. Já nos termos do § 121.2, a sentença proferida no processo modelo será extensível a todo titular de igual interesse individual homogêneo, mostrando-se aí verdadeiros Massenverfahren).

⁸² Segundo MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, “Nisto se concretiza, na verdade, a extensão dos efeitos nesse caso: trata-se, efectivamente, de estender o efeito constitutivo (anulatório) que foi judicialmente decretado, em relação aos actos impugnados nesses processos, pelas sentenças proferidas nos processos impugnatórios que foram precedentemente decididos com trânsito em julgado, ao caso do interessado na extensão de efeitos e, portanto, ao acto que o afecta e que não foi impugnado naqueles processos.” (ALMEIDA, Mário Aroso de, CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos, 2ª edição revista, 2007, Almedina, pág. 921).

⁸³ No que tange a esse primeiro caso, cabe esclarecer a divergência doutrinária existente:

Para COLAÇO ANTUNES, “Na primeira hipótese parece configurar-se uma jurisdição objectiva que tem por objecto o controlo de legalidade dos actos, pelo que a sentença anulatória não poderá deixar de produzir efeitos erga omnes, incluindo, obviamente, os interessados.

(...) Pretendendo sacar alguma utilidade da parte inicial da norma, diríamos que estão aqui em causa os actos administrativos plurais e gerais, pondo-se em termo a uma série de processos iguais e repetitivos. Por outras palavras, na primeira das construções apontadas, o que parece estar em apreciação são sentenças meramente anulatórias (constitutivas) em sentido restrito, logo aquelas em que se solicita apenas a eliminação da ordem jurídica dos actos administrativos inválidos, eliminando os efeitos sobre essa realidade a respeito de quaisquer pessoas, partes ou não no processo, sempre que as mesmas possam considerar-se afectadas pela actuação da Administração.

Não estão aqui em questão, no essencial, pretensões de plena jurisdição, isto é, decidir sobre a existência ou não de direitos ou interesses legalmente protegidos, o que exigiria um labor analítico prévio sobre a situação concreta. Ou seja, nesta hipótese não há, ao contrário da segunda – onde se verificam pretensões de plena jurisdição – uma declaração judicial prévia sobre a existência ou confirmação da mesma situação jurídica.

Em função do ficou dito, na situação em apreço não-de-tratar-se de actos com destinatário plural ou indeterminado, pois, de outra forma, estar-se-ia a alargar os referidos efeitos não só subjectivamente – o que foi pensado pelo legislador – mas também objectivamente, o que

situação jurídica favorável a uma ou várias pessoas;

Segundo MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e DIOGO FREITAS DO AMARAL, como já dito antes, tal instrumento é útil àqueles que não lançaram mão, no momento próprio, da ação judicial adequada para fazer valer seus direitos, requerendo a extensão dos efeitos da sentença transitada em julgado, proferida em processo ajuizado por outrem.⁸⁴

permitiria a anulação de outros actos que não o que constitui o objecto da acção impugnatória.

Em suma, não cremos que o legislador tenha querido este alargamento objetivo dos efeitos da sentença anulatória, nem o podia fazer. Os efeitos que se obtêm nestes casos pela via da extensão dos efeitos da sentença só poderão alcançar-se por outros interessados afectados por outros actos, distintos do originariamente impugnado.” (ANTUNES, Colaço, “O artigo 161º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos: uma complexa simplificação”, in Caderno de Justiça Administrativa, n. 43, pág. 17).

Criticando o acima aludido por COLAÇO ANTUNES, os autores MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA preceituam que:

“o preceito em análise não visa assegurar a eficácia erga omnes da sentença anulatória, que, no plano substantivo, se impõe, pela própria natureza do efeito constitutivo da sentença, em relação a todos os que pelo acto sejam afectados. O preceito não visa, portanto, aplicar-se às situações de actos administrativo com destinatário plural ou indeterminado, mas a quaisquer actos administrativos que tenha colocado o interessado em situação jurídica idêntica à dos destinatários de outros actos que já foram contenciosamente anulados. Não se afigura, por outro lado, compreensível a objecção deduzida pelo Autor de que a aplicação nos termos aqui propostos do mecanismo do artigo 161, a quaisquer actos administrativos (que não apenas os actos plurais ou gerais) implicaria a anulação de actos que não constituíram objeto de acção impugnatória. Na verdade, é no pedido de extensão de efeitos que o interessado vai agir contra o acto que o lesou e é a decisão de extensão de efeitos que vai anular o acto em causa, com base no prévio reconhecimento da identidade das situações em presença e do preenchimento dos demais pressupostos da extensão de efeitos. A anulação decorre, portanto, não de um alargamento do objecto do processo impugnatório originário, mas do processo de extensão dos efeitos que é intentado pelo contraditório da Administração (sem que se coloque a questão do contraditório dos contra-interessados, visto que como se refere no texto, a existência de contra-interessados que não tenham intervindo no processo em que foi proferida a sentença anulatória constitui, nos termos do n. 5, um requisito negativo da extensão dos efeitos).” ALMEIDA, Mário Aroso de, CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos, 2ª edição revista, 2007, Almedina, págs. 921 e 922.

⁸⁴ “Em primeira linha, está aqui em causa o reconhecimento a quem não lançou mão, no momento próprio, do meio processual adequado a fazer valer os seus interesses, do direito de exigir que determinada entidade administrativa se comporte para com ele como se tivesse sido ele a obter uma sentença transitada em julgado que, na realidade, foi proferida contra essa mesma entidade num processo intentado por terceiro. Em primeira linha, a questão é, pois, colocada perante a própria entidade administrativa, podendo ser logo nessa sede extrajudicialmente resolvida. Com o que se evita que um número muito significativo de interessados se sintam obrigados a recorrer à via judicial para fazer valer os seus direitos, desse modo congestionando desnecessariamente os tribunais.”

ALMEIDA, Mário Aroso de, AMARAL, Freitas do, Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo, 3ª edição, Almedina, Lisboa, Maio de 2007, pág. 112.

Note-se que, caso o particular já possua processo pendente, suspenso, poderá requerer diretamente ao tribunal o pedido de extensão dos efeitos da sentença proferida no processo modelo, se for de seu interesse (não precisando apresentar um requerimento à Administração previamente).

Por fim, cabe apenas citar uma questão levantada pela doutrina portuguesa quanto à aceitação do ato administrativo, prevista no artigo 58 do CPTA. Para COLAÇO ANTUNES, por exemplo, o artigo em comento pode ensejar uma colisão de princípios (Princípio da Igualdade *versus* Princípio do ato consentido). Para o aludido autor, a solução seria encontrada na delimitação da teoria da aceitação do ato, com o que o artigo 161 do CPTA apenas fosse aplicado à extensão dos efeitos da sentença e não qualquer pretensão anulatória. A existência do ato consentido cederia perante a pronúncia que trate de situações jurídicas idênticas em favor do Princípio da Igualdade. A ausência de impugnação judicial a tempo de um ato não poderia, para o autor, mostrar-se como óbice à extensão dos efeitos do 161 do CPTA, já que se visa um tratamento igual a situações iguais (e não a impugnação do ato consentido propriamente dito). Por fim, ainda alega o autor que tal pensamento está em consonância com os princípios da celeridade e economia processual.⁸⁵

B.2. Artigo 161, n. 1 e n. 2 (mesma situação jurídica)

Aqui cabe reiterar o exposto acima quanto à exigência de “mesma situação jurídica” (artigo 48, n.1, do CPTA), ressaltando apenas a existência de um critério de densificação de identidade da relação jurídica quanto ao artigo 161 do mesmo diploma legal, já que o legislador preceitua que a extensão apenas se dará para as hipóteses “em que existam vários casos perfeitamente idênticos” (os feixes de direitos e de deveres dos particulares e da Administração devem ser efetivamente os mesmos).

⁸⁵ Cfr. ANTUNES, Colaço, “O artigo 161º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos: uma complexa simplificação”, in Caderno de Justiça Administrativa, n. 43, pág. 22 e seguintes.

Grande probabilidade de encontrar-se a referida idêntica relação jurídica está no setor do funcionalismo público e dos concursos públicos, motivo pelo qual tais hipóteses foram previstas no item 2, do artigo 161, do CPTA⁸⁶. Em Portugal, tais domínios são exemplos de grande probabilidade, ao passo que na Espanha o âmbito tributário e o do funcionalismo público é taxativo.

⁸⁶ Ainda sobre o assunto, cabe aqui trasladar uma decisão do Supremo Tribunal Administrativo:

“O princípio do Estado de Direito concretiza-se através de elementos retirados de outros princípios, designadamente, o da segurança jurídica e da protecção a confiança dos cidadãos.

II - Tal princípio encontra-se expressamente consagrado no artigo 2º da CRP e deve ser tido como um princípio politicamente conformado que explicita as valorações fundamentadas do legislador constituinte.

III - Os citados princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança assumem-se como princípios classificadores do Estado de Direito Democrático, e que implicam um mínimo de certeza e segurança nos direitos das pessoas e nas expectativas juridicamente criadas a que está imanente uma ideia de protecção da confiança dos cidadãos e da comunidade na ordem jurídica e na actuação do Estado.

IV - O nº 1, do artigo 161º do CPTA não viola os citados princípios constitucionais, não violando também, o princípio da igualdade.

V - A situação que o legislador pretendeu tutelar com o citado nº 1 do artº 161º prende-se de alguma maneira, com razões de justiça material, visando obviar a possíveis disparidades, consubstanciadas em status diferenciados resultantes, em relação a alguns particulares, da não impugnação atempada de actos, com conteúdo decisório perfeitamente igual e que tenham definido a mesma situação jurídica, assim também fazendo valer o princípio da igualdade de tratamento das mesmas situações jurídicas.

VI - O instituto de extensão dos efeitos, acolhido no aludido art. 161º não é privativo dos “processos em massa” e a sua aplicação passa, designadamente, pela omissão de pronuncia judicial, no âmbito de um processo declarativo, que reconheça a existência ou a confirmação da “mesma situação jurídica”, processo que poderá abrir caminho a pretensões executivas.”

Número do acórdão: 0164A/04

Data do acórdão: 19/04/2007

Relator: SANTOS BOTELHO

1 SUBSECÇÃO DO C.A.

N. convencional: JSTA00064230

N. do documento: SA1200704190164A

Votação: unanimidade

Decisão: deferimento

Objeto: AC STAPLENO PROC164/04 DE 2005/07/05.

Sobre os requisitos da extensão dos efeitos da sentença nos casos aqui tratados, interessante também o acórdão abaixo transcrito:

“Sendo a petição remetida pelo correio, sob registo, vale como data da prática do acto processual a do respectivo registo.

II - A extensão dos efeitos de sentença transitada em julgado que tenha anulado acto administrativo desfavorável ou que tenha reconhecido uma situação jurídica favorável a uma ou várias pessoas, depende da verificação cumulativa dos seguintes requisitos:

a) Que os requerentes se encontrem na mesma situação jurídica das pessoas a que se reportam essas sentenças;

b) Que não haja sentença transitada em julgado relativamente aos mesmos requerentes;

Aqui também cabe referir como campos de provável incidência da aplicação conjugada dos artigos 48 e 161⁸⁷ do CPTA os casos de segurança social, de urbanismo ou até ambientais.⁸⁸

Cabe aqui ressaltar que MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA tratam dos requisitos da extensão dos efeitos do artigo em comento de forma clara e precisa.⁸⁹

c) Que os casos decididos sejam perfeitamente idênticos;

d) Que, no mesmo sentido, tenham sido proferidas cinco sentenças transitadas em julgado ou, existindo situações de processos em massa, nesse sentido tenham sido decididos em três casos os processos seleccionados segundo o disposto no artº 48º. III - Ao permitir a extensão dos efeitos da sentença transitada em julgado o legislador supõe a existência de jurisprudência suficientemente sedimentada com a prolação de pelo menos cinco sentenças (ou três no caso dos processos em massa) que, embora de sentido idêntico, sejam proferidas em circunstâncias diferentes, em processos autónomos, por forma a evitar erros.

IV - Não basta isso, a prolação de duas sentenças de sentido idêntico, ainda que reportadas a cinco (ou mais) processos apensos.”

Acórdão número: 046417A

Data do acórdão: 24/10/2006

Tribunal: 2 SUBSECÇÃO DO CA

Relator: ABEL ATANÁSIO

N. convencional: JSTA00063541

N. do documento: SA120061024046417A

Votação unânime

Indeferimento

⁸⁷ Segundo COLAÇO ANTUNES “a grande questão está, precisamente, em definir e comprovar que se trata da mesma situação ou de casos perfeitamente idênticos, o que ocorrerá a cargo do interessado. (...) Exigir-se-á, no mínimo, identidade de situações. (...) Sendo o pedido diferente e a causa de pedir (esta só mediante coincidente) e até os sujeitos, a identidade entre as duas situações jurídicas deverá assentar numa mesma posição jurídica e factual dos interessados face à Administração. Ou seja, a absoluta identidade deverá centrar-se na legitimidade (activa) e no objecto do litígio. Identidade ou igualdade de situações jurídicas de índole extra-processual e, portanto, prévia. Deverá tratar-se, em suma, de uma categoria homogénea de interessados, assente em circunstâncias comuns a todos eles. Só assim se justifica que uma sentença favorável a uma ou várias pessoas possa estender-se a outras, porque também titulares das mesmas relações jurídicas com a Administração, estando, por isso, legitimados a solicitar o mesmo por força da identidade dos fundamentos jurídicos e factuais. (...) o critério para determinar se as situações jurídicas são idênticas não pode ignorar a comparação entre as circunstâncias que concorreram para a formulação da pretensão acessória de extensão dos efeitos da sentença favorável.” ANTUNES, Colaço, “O artigo 161º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos: uma complexa simplificação”, in Caderno de Justiça Administrativa, n. 43, págs 16 a 20.

⁸⁸ OLIVEIRA, Mário Esteves de, OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. Código de Processo nos Tribunais Administrativos (comentado). volume I. Almedina. Coimbra, 2006, pág. 318.

⁸⁹ Como requisitos para extensão dos efeitos, tem-se “a) que a situação do interessado não tenha sido (ainda) definida por sentença transitada em julgado (artigo 161, n.1º); b) que, na decisão judicial cuja extensão de efeitos se pretende, o tribunal tenha julgado procedente uma pretensão perfeitamente idêntica àquela que o interessado accionou ou teria podido accionar contra a mesma entidade administrativa (artigo 161, n.2, 1ª parte); c) que , ‘no mesmo sentido tenham sido proferidas cinco sentenças transitadas em julgado ou, existindo situações de processos em massa, nesse sentido tenham sido decididos em três casos os processos seleccionados segundo o disposto

B.3. Artigo 161, n.2 (requisito: existência de três sentenças transitadas em julgado)

Tal exigência se lastreia na necessidade de uma sedimentação jurisprudencial referente às decisões de cujos efeitos se pretende a extensão.⁹⁰

Cabe apenas elucidar que as sentenças referidas no dispositivo em comento podem ter sido prolatadas por tribunais diversos.

Também é interessante realçar que o pleito de extensão dos efeitos deve indicar não só a quantidade certa das decisões em comento, como também qual a decisão de cujos efeitos se pretende a extensão (até porque pode advir uma necessidade futura de recurso ao tribunal prolator da mesma)⁹¹.

Outra observação interessante é a de que a justificação razoável para uma exigência de um número menor de sentenças para processos em massa (três

no artigo 48º (artigo 161, n.2º, 2ª parte).” ALMEIDA, Mário Aroso de, CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos, 2ª edição revista, 2007, Almedina, pág. 923.

⁹⁰ Cabe notar o ponto de contato que existe entre esse requisito com as normas dos artigos 72, item 1 e 4, do CPTA e 281, item 3, da CRP.

⁹¹ O Supremo Tribunal Administrativo deixou claro que uma sentença proferida em vários processos apensos corresponde a UMA sentença, nos seguintes termos:

“I – Para o efeito do disposto no artº 161º do CPTA - extensão a outras pessoas, dos efeitos da sentença transitada em julgado que tenha anulado acto administrativo desfavorável ou que tenha reconhecido uma situação jurídica favorável a uma ou várias pessoas - o nº 2 exige, além do mais, que no mesmo sentido tenham sido proferidas cinco sentenças transitadas em julgado ou, existindo situações de processos em massa, nesse sentido tenham sido decididos em três casos os processos seleccionados segundo o disposto no artº 48º.

II - Ao possibilitar a extensão dos efeitos da sentença transitada em julgado a outras pessoas, a citada disposição pressupõe a existência de anterior jurisprudência com uma certa consistência ou consolidação.

III - Ao conceito de “Sentença” contido no nº 2 do artº 161º do CPTA não pode ser atribuído significado diferente daquele que lhe é dado pelo artº 156º/2 do CPC enquanto “acto pelo qual o juiz decide a causa principal”, sendo que, nos casos de acções apensadas, todas elas decididas pelo mesmo acto judicial, para os efeitos visados naquela disposição, apenas é considerada uma sentença e não tantas sentenças quantos os processos judiciais apensados.”

Acórdão: 046417A

Data do acórdão 03/05/2007

Tribunal: PLENO DA SECÇÃO DO CA

Relator: EDMUNDO MOSCOSO

N. Convencional: JSTA00064321

N. do documento: SAP20070503046417A

Unanimidade

Negou-se provimento

sentenças), quando comparada àquela exigência de cinco sentenças anteriores (para os demais casos), é a de que, naquele caso (processos em massa) presume-se que a decisão foi proferida com a participação de todos os juízes (em consonância com o que estabelece o próprio artigo 48 do CPTA).

B.4. Artigo 161, n.2, *in fini*

Nessa oportunidade, cabe retroceder aos pressupostos ínsitos no artigo 48, dos quais não se vê qualquer exigência legal à existência de um número de sentença anteriormente transitada em julgado. Na hipótese do artigo 48, os autores dos processos suspensos podem pura e simplesmente requerer ao tribunal a extensão dos efeitos da sentença proferida no processo modelo.

Já no caso do artigo 161, a exigência de uma precedência de três decisões transitadas em julgado persiste para os processos de massa, bem como a necessidade de um requerimento administrativo prévio e com posterior inércia da Administração.

Logo, para aqueles que pleitearão a extensão dos efeitos com fulcro em demandas de massa, tendo sido suspenso seu processo em face do artigo 48 do CPTA, poderão a requerer diretamente ao tribunal, sendo dispensado do procedimento ínsito nos dispositivos de n. 3 e 4 do item 5 do artigo 161 do CPTA, não precisando, assim, de requerimento prévio à Administração. Tal dispensa se dá justamente porque já tiveram seu processo suspenso por um provável largo espaço de tempo, bem como porque a Administração já estava previamente advertida sobre seu caso.⁹²

⁹² Elucidando melhor essa questão, tem-se as palavras de FREITAS DO AMARAL e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, que encontram fundamento para esse regime especial na hipótese de a parte interessada ter “*suspensa, porventura por longo tempo, a tramitação de um processo que tinha desencadeado contra a administração e, portanto, de uma situação para a qual não só a Administração já se encontrava previamente advertida, com de uma situação em que poderia ser considerado excessivamente oneroso remeter o interessado para a necessária apresentação de um requerimento à Administração*” (AMARAL, Freitas do e ALMEIDA, Mário Aroso de. *Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo*. Coimbra. Coimbra, 2002. Pág. 109).

B.5. Artigo 161, n.s 3 e 6 – pleito anterior à entidade administrativa

Quando observado o preenchimento de todos os requisitos para a extensão dos efeitos da sentença, bem como após o trânsito em julgado de três sentenças iguais sobre a mesma matéria do processo modelo, o particular deve elaborar um pleito diretamente à entidade administrativa demandada, dentro do prazo de um ano (a contar da data da última notificação de qualquer das partes do processo paradigma, terceiro processo transitado em julgado) para lograr êxito com a pretendida extensão.

O requerimento a que alude o item 3 do artigo 161 do CPTA também pode ser formulado nos casos de processos similares pendentes, caso em que o requerente tenha observado a anulação do ato administrativo (objeto também do seu litígio) em processo similar ao seu, porém julgado antes.

B.6. Artigo 161, n. 4 – pleito de extensão dos efeitos da sentença modelo ao Judiciário

O pleito de extensão de efeitos (e de execução – observando-se o artigo 173 e seguintes) só será feito (e num prazo de dois meses) ao tribunal prolator “que tenha proferido a sentença”, caso a Administração o indefira ou não o aprecie dentro do prazo de três meses⁹³.

Ocorre que a doutrina e a jurisprudência⁹⁴ têm entendido que, na realidade, uma

⁹³ Colaço Antunes realça a omissão legal quanto a uma possível recusa injustificada, ou omissão censurável, da Administração (ex: má fé ou grave negligência da Administração). O autor suscita a possibilidade de aplicação de uma medida pecuniária contra a Administração nesses casos, nos termos do artigo 169 do CPTA, mas realça as dificuldades dessa possível aplicação. ANTUNES, Colaço, “O artigo 161º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos: uma complexa simplificação”, in Caderno de Justiça Administrativa, n. 43. Lisboa, janeiro/fevereiro de 2004, pág. 19.

⁹⁴ Para melhor elucidar a matéria, mister se faz trasladar acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Administrativo:

“Será que para os fins de determinação do tribunal competente para a apreciação do pedido em causa, o tribunal que tenha proferido a sentença a que se refere o nº 4 do artº 161º deverá ser o tribunal (superior) que decidiu recurso interposto de decisão proferida em 1º grau de jurisdição?”

interpretação literal desse dispositivo seria desarrazoada, na medida em que o tribunal competente deve ser o que decidiu a causa em primeiro grau (independentemente da existência de recurso).

Nessa oportunidade, cabe trazer à baila opiniões doutrinárias contrárias ao do Supremo Tribunal Administrativo, como se vê no caso de COLAÇO ANTUNES, para quem a competência para determinar se existe ou não identidade de situações

Não há dúvida que o teor literal, primum conspectum, sugere um tal sentido. Porém, como é sabido, atentas as regras de hermenêutica enunciadas no art.º 9º do Cód. Civil, o elemento gramatical, constituindo ponto de partida de toda a interpretação, requer uma «tarefa de integração e valoração que escapa ao domínio literal», na qual intervêm elementos lógicos, apontando a doutrina elementos de ordem sistemática, histórica e racional ou teleológica (Cf. Parecer do CCPGR, n.º 14/99, pub.º no DR II n.º 28, de 2/FEV/01 (p. 2289 e segs.), seguindo os pareceres, 61/91, 7/96 e 26/98 (in DR II 279, de 3/DEZ/98, e com citação de judiciosa doutrina).

Efectivamente, a atribuição pura e simples da competência ao falado tribunal de recurso menosprezaria toda uma série de normas de competência, a começar pela regra geral da competência territorial (cf. art.º 16º do CPTA), passando pelo que estatui a norma do art.º 176º do CPTA e acabando no caso no elenco de competências do STA (cf. art.º 24º do ETAF).

Ponderando tudo isso, como escreveu Luís Filipe Colaço Antunes, “não será excessivo, creio, admitir que qualquer tribunal administrativo, e não apenas o que decretou a sentença, está capacitado para determinar se existe ou não identidade de situações jurídicas. Dito de outro modo, se existe identidade ou não entre a pretensão incidental e a pretensão principal, o que não faz equivaler o procedimento estabelecido no art.161.º a um mero procedimento incidental de natureza declarativa (dentro da fase de execução das sentenças).

Assim sendo, talvez a melhor solução passe por admitir que o tribunal competente deverá ser o que tenha proferido a sentença em primeiro grau de jurisdição se o particular em causa tivesse reagido contenciosamente no momento adequado (ou que a venha a proferir, se o processo ainda estiver pendente, acrescentamos nós). Creio que esta interpretação é preferível à que se depreende literalmente do art. 161.º, n 4, que parece identificar o juiz sentenciador com o juiz de execução da sentença” (in Cadernos de Justiça Administrativa, 43-20).

*Aliás, a atribuir-se a competência ao tribunal sentenciador, no caso ao STA, e porque não é difícil imaginar que este tipo de questões irá colocar-se com frequência face ao revolucionário regime de **extensão de efeitos** da sentença como refere o Prof. Mário Aroso de Almeida (In o NOVO REGIME DO PROCESSO NOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS, 2ª ed. a p. 337.), estaria encontrada uma via para tornar a ideia de o Supremo Tribunal Administrativo assumir o papel de regulador do sistema, competindo-lhe apreciar, em regra, questões de relevante importância jurídica ou social, como se escreve no ponto 4 das LINHAS GERAIS DA REFORMA DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Colectânea de Legislação-Ministério da Justiça 2003.*

Em suma, pois, o tribunal competente para proferir a decisão a que se refere o art. 161.º, n.º 4 do CPTA deverá ser o que tenha proferido a sentença em primeiro grau de jurisdição ou o competente para a proferir, se o processo ainda estiver pendente, como sucede no caso”.

Face ao exposto, e reiterando o que se disse em tal aresto, e tendo em vista o que se disse no ponto II.1.1 da Mª de Fº, o tribunal competente no caso será o Tribunal Central Administrativo (Sul) por ali haver sido instaurado o recurso contencioso.

III. DECISÃO

Nos termos e com os fundamentos expostos acordam em declarar a incompetência, em razão da hierarquia, deste STA, em virtude de a mesma caber ao Tribunal Central Administrativo (Sul).

Transitada em julgado a presente decisão, e porque tal foi já requerido, deverão os autos ser remetidos ao Tribunal Central Administrativo (Sul).”

Processo número: 01709A/02

jurídicas (o que não corresponde a um mero incidente de natureza declarativa dentro de uma fase de execução) pode ser de qualquer tribunal administrativo. Todavia, entre uma interpretação literal e a interpretação trazida pelo acórdão supra, o autor prefere essa última (sendo melhor considerar que a competência seja do tribunal que proferiu a decisão em primeira instância).⁹⁵

Outrossim, aplica-se o dispositivo em comento em relação a autor de processo pendente (inclusive com pleito administrativo de execução nos moldes dos n.s 3 e 6 do artigo 161 do CPTA sem, contudo, a devida resposta no prazo legal), quando, sobre o mesmo ato administrativo impugnado, em outro processo é anulado.

Cabe esclarecer que haverá uma pronúncia judicial de extensão de efeitos correspondente a uma decisão de natureza declarativa (ainda que sumária)⁹⁶. É, inclusive, por esse motivo que o item ora em análise determina que o processo deverá seguir os trâmites do processo de execução de sentenças de anulação de atos administrativos (com as adaptações necessárias, logicamente), isso nas hipóteses de esse processo de natureza declarativa possuir também pretensões executivas.⁹⁷

Data do acórdão: 18/01/2005

Tribunal: 2 Subsecção do CA

Relator: JOÃO BELCHIOR

N. Convencional: JSTA00061559

N. do Documento: SA12005011801709A

Unanimidade: declaração de incompetência

⁹⁵ ANTUNES, Colaço, "O artigo 161º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos: uma complexa simplificação", in Caderno de Justiça Administrativa, n. 43, pág 20.

⁹⁶ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA acrescentam que "A pronuncia judicial de extensão de efeitos não pode deixar de ser proferida no âmbito de um processo declarativo, ainda que sumário, no qual o tribunal tem de verificar e reconhecer o bem fundado da pretensão do interessado. Porque este motivo se determina, no n. 4, que o processo siga, com as adaptações que forem necessárias, os trâmites do processo de execução de sentenças de anulação de actos administrativos (previstos no artigo 177) – processo que, sem prejuízo de poder abrir caminho a pretensões executivas, é um processo de natureza eminentemente declarativa com uma estrutura simplificada (ver comentário ao artigo 173)." (ALMEIDA, Mário Aroso de, CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos, 2ª edição revista, 2007, Almedina, pág. 924).

⁹⁷ ALMEIDA, Mário Aroso de, AMARAL, Freitas do, Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo, 3ª edição, Almedina, Lisboa, Maio de 2007, pág. 113.

B.7. Artigo 161, n. 5, do CPTA.

Pelo disposto no item 5 do artigo 161, tem-se que a extensão da sentença deve proteger todos os interesses em jogo, para que não restem prejudicados outros particulares contra-interessados⁹⁸. Assim se previu, já que se não o fosse, restaria claramente prejudicado (e injustamente) um contra-interessado que não tivesse tomado ciência e parte nos autos, pois com sua eventual e possível intervenção, a sentença poderia ter sido julgada de outra forma.

Sobre a matéria, esclarecem MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES PADILHA que há uma equivalência entre o pedido de extensão dos efeitos com fulcro no artigo 48, n.5, “b”, do CPTA e o pedido com fulcro no artigo 161, n.1, em caso de processo judicial pendente. Esclarecem ainda que a salvaguarda contida no dispositivo em comento (161, n.5, do CPTA) já restou assegurada quando da alínea b, do artigo 48, n.5, do CPTA, “já que os demandantes nos processos suspensos formularam autonomamente a sua pretensão em juízo e o respectivo processo ainda se encontra pendente no momento em que é requerida a extensão de efeitos. E a entidade interessada e os contra-interessados puderam deduzir oposição através da notificação feita no n.5, do mesmo modo que puderam realizar pela via do recurso jurisdicional.”⁹⁹

Os mesmos autores ainda acrescentam que, nesse contexto, a extensão dos efeitos só se torna inviável apenas em relação a eventuais contra-interessados não identificados ainda quando da determinação da apensação dos processos. Asseveram que, nessas hipóteses, caberá ao juiz do processo executivo utilizar a regra do artigo 161, n.5, do CPTA, há pouco transcrita, e, em última análise, os

⁹⁸ Artigo 57 do CPTA: “Para além da entidade autora do acto impugnado, são obrigatoriamente demandados os contra-interessados a quem o provimento do processo impugnatório possa directamente prejudicar ou que tenham legítimo interesse na manutenção do acto impugnado e que possam ser identificados em função da relação material em causa ou dos documentos contidos no processo administrativo.”

⁹⁹ ALMEIDA, Mário Aroso de, CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos, 2ª edição revista, 2007, Almedina, pág. 286 e 287.

contra-interessados que não tiverem sido chamados a participar no processo poderão interpor recurso de revisão, nos termos do artigo 155, n.2, do CPTA.¹⁰⁰

Trata-se, na verdade, de uma forma legal adotada para proteger a confiança dos contra-interessados. Acrescente-se que, em honra ao Princípio da Confiança, nos casos de requerimento de extensão dos efeitos de uma sentença em sede administrativa (diretamente à Administração), tais efeitos jamais poderão ser estendidos sem que a Administração conceda uma prévia audiência dos contra-interessados.¹⁰¹

B.8. Artigo 161, n. 6, do CPTA

Tal item cinge-se às situações em que, na pendência de um processo impugnatório em que tenha sido pedida somente a anulação do ato impugnado, dito ato seja a anulado por sentença prolatada em outro processo paralelo. Nessas situações, o esperado é que o processo impugnatório seja extinto por impossibilidade superveniente da lide (já que os efeitos do ato vergastado foram excluídos com efeito *ex tunc*). Assim, usa-se o n. 6 do artigo 161 do CPTA justamente para evitar que o processo seja extinto e que o autor tenha que entrar com nova demanda. Utilizando-se do dispositivo citado, o autor dessa demanda será equiparado ao autor da outra demanda paralela acima referida, podendo aquele exigir a execução administrativa da sentença de anulação.¹⁰²

¹⁰⁰ ALMEIDA, Mário Aroso de, CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos, 2ª edição revista, 2007, Almedina, pág. 287.

¹⁰¹ ALMEIDA, Mário Aroso de, CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos, 2ª edição revista, 2007, Almedina, pág. 925.

¹⁰² “Numa situação desta natureza, como o processo se dirigia à estrita anulação do acto impugnado, ele extingue-se por impossibilidade superveniente da lide, uma vez que os efeitos do acto impugnado já foram retroativamente destruídos. O artigo 161, n. 6, vem, no entanto, equiparar o interessado que se vê colocado nesta situação àquele que, no processo paralelo, obteve a anulação, para o efeito de lhe permitir que também ele exija a execução administrativa da sentença de anulação, no termos do artigo 173, e, se tal for necessário, para o efeito de lhe abrir o acesso ao processo de execução da sentença de anulação, como se essa sentença tivesse sido proferida no processo que ele intentou e que se extinguiu sem pronúncia de mérito – o que se afigura da mais elementar justiça.” ALMEIDA, Mário Aroso de, AMARAL, Freitas do. *Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo*. 3ª edição, Almedina. Lisboa, 2007. Pág. 114.

Segundo MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, em hipóteses desse tipo, como o processo tratava apenas da anulação do ato impugnado, ele iria extinguir-se por impossibilidade superveniente da lide (pois os efeitos do ato impugnado já foram extintos retroativamente). O item em tela apenas visa equiparar o interessado que se insere nessa situação hipotética àquele que obteve a anulação no processo paralelo (para o efeito, se for necessário, de lhe dar acesso ao processo de execução da sentença de anulação, como se a sentença tivesse sido prolatada no processo por ele intentado, que se extinguiu sem uma pronúncia sobre o mérito da causa).¹⁰³

Lógico e justo o dispositivo em comento, pois seria, realmente inevitável uma extinção do processo, sem julgamento do mérito nesse particular, na medida em que o processo apenas pede a anulação de um ato que, à época de seu julgamento, já fora anulado (por outro processo similar). Caso esse processo tivesse outro pedido cumulado (pedido de condenação da Administração à deveres nos termos do artigo 173 do CPTA) com o pedido de anulação (que não é o caso do artigo em comento), não seria necessária a aplicação desse artigo, pois não seria extinto.

C. CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE OS ARTIGOS 48 E 161 DO CPTA

O CPTA, em seus artigos 48 e 161, findou por fazer valer o Princípio da Agilização ou da Economia Processual, bem como ao Princípio do Acesso à Justiça Material, tentando solucionar os processos massificados de forma mais célere e equânime possível.

O mecanismo da extensão dos efeitos de uma sentença modelo devidamente escolhida corresponde a um mecanismo de agilização, segurança jurídica e solução dos processos em massa preventivo.

¹⁰³ ALMEIDA, Mário Aroso de, CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos, 2ª edição revista, 2007, Almedina, pág. 925.

Mister se faz ressaltar e reiterar a possibilidade de extensão dos efeitos de uma sentença que reconheça determinada situação jurídica ou que anule um ato administrativo *ultra partes*, isso quando reunidos os pressupostos legais (como, por exemplo, a identidade de relação jurídica¹⁰⁴), para tanto.

Logo, trata-se de um mecanismo simples, cuja celeuma cinge-se apenas ao preenchimento dos aludidos requisitos legais¹⁰⁵. Todavia, pode-se dizer que, mais importante do que verificar o preenchimento desses requisitos legais (o que inclui a constatação de identidade de relação jurídica) é a escolha do processo modelo (já que serão as riquezas e virtualidade dos pontos nele controvertidos o aspecto observado pelas partes para decidir se irão requerer a extensão dos seus efeitos ou a continuidade de seus respectivos processos).

A legislação do CPTA se deu de forma razoavelmente satisfatória, em relação às garantias dos interessados e dos contra-interessados (que deverão ser intimados, nos termos do item 5 do artigo 161 do CPTA). Cabe aqui salientar que, diferentemente da legislação alemã, a legislação portuguesa não trata aqui de um processo de massas. Em Portugal, difícil será a tarefa de encontrar todos os contra-interessados à demanda para que a parte possa lograr êxito em sua pretensão de extensão dos efeitos de uma sentença modelo ao seu caso.

Outro mecanismo de garantia, segurança e controle foi o da exigência de três sentenças anteriormente prolatadas e transitadas em julgado.

O mecanismo em tela também mostra razoabilidade e equilíbrio com o fim visado quando exige que o particular pleiteie a extensão dos efeitos da sentença modelo primeiramente junto à Administração (quando, então, o Judiciário sequer terá dispêndio de tempo, recursos e “energia”).

Restaram, assim, com o mecanismo de agilização processual em tela e de

¹⁰⁴ Note-se que caberá ao requerente demonstrar com suficiência de provas e fundamentos a identidade entre as relações jurídicas comparadas.

¹⁰⁵ Dessa mesma forma, dá-se o ordenamento normativo espanhol sobre a matéria.

segurança jurídica, razoavelmente respeitadas as garantias de acesso aos tribunais. Veja-se que a iniciativa processual em tela só se dá após a oitiva das partes; as partes dos processos suspensos podem recorrer da sentença proferida no processo modelo, mesmo que as partes desse processo modelo não o tenham feito; as partes dos processos suspensos podem pedir a extensão dos efeitos da sentença do processo modelo, caso a mesma os beneficie; as partes dos processos suspensos podem requerer a continuação de seus respectivos processos, independentemente do resultado do processo modelo;

Já através do artigo 48 do CPTA, o legislador quis atingir seus objetivos em relação ao Princípio da Economia Processual, da Segurança Jurídica e da Agilização para as hipóteses em que não tenha funcionado (ou que não pôde ser aplicada) a regra insculpida no artigo 161 do CPTA, naquele dado momento.

O principal escopo do artigo 48 do CPTA é realizar uma apreciação geral e aprofundada da matéria objeto de inúmeros processos, no afã de que grande parte dos autores dos processos suspensos opte pela extensão dos efeitos da decisão proferida nesse processo paradigma.

No caso do correto uso do artigo 48 do CPTA, não só as partes serão beneficiadas (com um julgamento bem feito, estudado e percuciente sobre seu caso, além do ganho de tempo), como o Judiciário também (já que terá menos processos para apreciar e julgar, sobre uma mesma matéria). E como um “verdadeiro ciclo”, a partir desse julgamento completo, eficaz, justo, percuciente sobre determinada matéria, os futuros e eventuais demandantes judiciais podem abster-se de ingressar em juízo para lograr êxito em seu intento, usufruindo do artigo 161 do CPTA (já que nesse momento poderá ser aplicado o instrumento nele previsto).

Nesse momento, questiona-se se os direitos e garantias dos administrados restaram garantidos em face do mecanismo ora estudado (n. 4 do artigo 268 da

CRP¹⁰⁶), questionamento esse que será tratado posteriormente, no presente trabalho.

D) Sugestão para legitimação dos mecanismos tratados acima

O *amicus curiae* é uma figura muito usada no Brasil nos tempos modernos e se justifica, dentre outros fatores, pela tendência vinculativa ou meramente persuasiva das decisões judiciais, as quais, cada vez mais findam por afetar o que se vai julgar ou como se vai julgar em casos futuros. Esse efeito persuasivo se vê no caso do artigo 48 combinado com o artigo 161 do CPTA português, ou até no caso do Regime Processual Experimental.

Note-se que em tais casos, os interesses subjacentes ao caso em concreto a ser julgado, suplantam o interesse que caracteriza o litígio entre dois sujeitos, ali chamado de “direito”.

Assim, sugere-se a intervenção do “*amicus curie*” como um legítimo portador ou representante dos interesses filtrados adequadamente (existentes na sociedade ou no próprio Estado, de difícil subjetivação) passíveis de serem afetados por um processo, mas que se encontram no exterior do mesmo, em processos, por exemplo, suspensos (que aguardam o julgamento de um processo modelo já acima referidos).

O “*amicus curiae*” representará os interesses daqueles que serão atingidos, mas que não podem intervir diretamente nos autos do processo paradigmático.

A necessidade desse diálogo entre a sociedade e o poder Judiciário (o que se sugere seja realizado através do “*amicus curie*”) se faz cada vez mais necessária,

¹⁰⁶ Art. 268 da CRP: “4. É garantido aos administrados tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer actos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos e a adopção de medidas cautelares adequadas.”

notadamente quando se observa a tendência vinculativa (ou, quando menos, “meramente” persuasiva) das suas decisões em relação às partes de outros processos pendentes, futuros ou eventuais semelhantes (tendência essa hoje necessária em face da massificação social e econômica, bem como, consequentemente, jurídica).

A correta e ampla atuação do “*amicus curiae*” mostrar-se-á, assim, como forte fator de legitimação das decisões “modelos” de causas judiciais correlatas (estudadas no presente trabalho), precipuamente porque todos os juízes dela participarão (o que demonstra o caráter persuasivo da mesma, pois é muito provável que o juiz competente para julgar um processo daquela parte que pretendeu a continuação nos moldes do artigo 48, n.5, “c”, do CPTA, faça-o nos mesmos termos do julgamento do processo modelo, julgamento esse do qual participou).

4.3. Das modificações do direito processual BRASILEIRO alusivas às demandas de massa em busca do acesso à justiça material

A Emenda Constitucional 45 (publicada em 31.12.2004) trouxe modificações de grande relevância para o Poder Judiciário, tendo, por tal razão, ficado conhecida como “a Reforma do Poder Judiciário”.

Após a Emenda Constitucional acima citada, o direito brasileiro tem buscado a efetividade do acesso à justiça e, consequentemente, do processo, busca essa que tem fomentado inúmeras mudanças no sistema processual do País, no afã de encontrar soluções capazes de trazer celeridade, qualidade, segurança e eficácia da atividade jurisdicional, especialmente diante da crise causada pelas relações impessoais, coletivas e intensamente massificadas.

Veja-se que a grande evolução da sociedade nos últimos tempos fomentou o surgimento de um novo tipo de demanda: as demandas DE MASSA, caracterizadas,

como se depreende da própria nomenclatura, pelo grande número de legitimados ativos titulares de direitos similares, em situações similares.

Cabe ressaltar que aproximadamente 80% (oitenta por cento) ¹⁰⁷ dos recursos pendentes no Supremo Tribunal Federal atualmente são de entes públicos. Como o processo administrativo e o processo civil são de jurisdição una no Brasil, mister se faz tratar das normas a ambos aplicadas, já que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a posição monista de jurisdição.

4.3.1. Lista exemplificativa de instrumentos legais brasileiros alusivos às demandas de massa

A seguir, tratar-se-á de alguns instrumentos alusivos às demandas de massa existentes no Brasil:

A) Processamento e julgamento de recursos especiais repetitivos (Lei 11.672/2008, que inseriu o artigo 543-C ao CPC brasileiro)

Nos Tribunais Regionais Federais e nos Tribunais de Justiça, havendo multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, tanto na jurisdição cível quanto na criminal, caberá ao presidente, admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, suspendendo por 180 dias a tramitação dos demais.

A Lei n. 11.672, de 8 de maio de 2008¹⁰⁸ inseriu o artigo 543-C¹⁰⁹ no CPC brasileiro,

¹⁰⁷ Dados confirmados pelo Ministro Cézar Peluso, em palestra conferida no Seminário Luso Brasileiro ocorrido na Faculdade de Direito de Lisboa, em 14.01.2009.

¹⁰⁸ Interessante conferir a entrevista realizada com o Ministro Asfor Rocha: <http://www.conjur.com.br/static/text/71252.1> (acesso em 9.11.2008, às 10h07minutos).

¹⁰⁹ Art. 543-C. “Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

Parágrafo 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

o qual prevê, em seus parágrafos, a forma pela qual os recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito serão processados (desde logo referindo que o Presidente do tribunal de origem irá admitir um (ou mais) recurso (s) representativo (s) da controvérsia e o (s) encaminhará ao STJ), restando os demais suspensos até o pronunciamento definitivo desse Tribunal Superior.

Será selecionado pelo menos 1 (um) processo de cada Relator e, dentre esses, os que contiverem maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial.

O agrupamento de recursos repetitivos levará em consideração apenas a questão central de mérito sempre que o exame desta possa tornar prejudicada a análise de outras questões periféricas argüidas no mesmo recurso.

Poderá o presidente do tribunal, em decisão irrecorrível, estender a suspensão aos demais recursos, julgados ou não, mesmo antes da distribuição.

Parágrafo 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

Parágrafo 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.

Parágrafo 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

Parágrafo 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias.

Parágrafo 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

Parágrafo 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou; II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

Parágrafo 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

Parágrafo 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo."

Determinada a suspensão prevista acima, esta alcançará os processos em andamento no primeiro grau de jurisdição que apresentem igual matéria controvertida, independentemente da fase processual em que se encontrem.

A suspensão atingirá os recursos especiais mesmo quando a questão de direito idêntica não exaurir a sua admissibilidade.

Também serão suspensos igualmente os agravos de instrumento interpostos contra decisão de inadmissão de recursos especiais. A suspensão será certificada nos autos.

No Superior Tribunal de Justiça, o Ministro-Relator, verificando a existência, em seu gabinete, de múltiplos recursos com fundamento em idênticas questões de direito ou recebendo dos tribunais de origem recurso especial admitido, poderá, por despacho, afetar o julgamento de um deles à Seção ou à Corte Especial, desde que, nesta última hipótese, exista questão de competência de mais de uma Seção.

A afetação será comunicada ao tribunal de origem, pela coordenadoria do órgão julgador, para suspender os recursos que versem sobre a mesma controvérsia.

Antes do julgamento, o Ministro-Relator:

I – autorizará, ante a relevância da matéria, a manifestação escrita de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.¹¹⁰

II – dará vista dos autos ao Ministério Público, nos casos previstos em Lei, por 15 (quinze) dias.

O julgamento do recurso especial afetado deverá se encerrar no prazo de 60 (sessenta) dias, contados da afetação, nos termos do inciso LXXVIII do artigo 5º, da Constituição Federal.

¹¹⁰ Tais órgãos ou entidades corresponderiam à figura do *amicus curiae*.

Não se encerrando o julgamento no prazo indicado, os Presidentes dos Tribunais de segundo grau de jurisdição poderão autorizar o prosseguimento dos recursos especiais suspensos, remetendo ao Superior Tribunal de Justiça os que sejam admissíveis.

A suspensão cessará automaticamente assim que publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça proferido no recurso especial afetado, aplicando-se aos recursos especiais suspensos as seguintes regras:

I – coincidindo os acórdãos recorridos com o julgamento do STJ, não serão admitidos;

II – divergindo os acórdãos recorridos do julgamento do STJ, serão novamente submetidos ao órgão julgador competente no tribunal de origem, competindo-lhe reconsiderar a decisão para ajustá-la à orientação firmada no acórdão paradigma, sendo incabível a interposição de outro recurso especial contra o novo julgamento. Mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

III – havendo outras questões a serem decididas, além daquelas julgadas no acórdão paradigma, serão submetidos a juízo de admissibilidade.

O procedimento estabelecido nestes casos aplica-se aos agravos de instrumento interpostos contra decisão que não admitir recurso especial.

Os processos suspensos em primeiro grau de jurisdição serão decididos de acordo com a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, incidindo, quando cabível, o disposto nos artigos 285-A e 518, § 1º, do Código de Processo Civil.

Será considerada juridicamente inexistente manifestação prévia do relator, no tribunal de segundo grau de jurisdição, a respeito da manutenção do acórdão recorrido desafiado por recurso especial sujeito ao procedimento estabelecido na Lei n.11.672/2008 ainda não decidido.

Percebe-se, assim, no instrumento ora em análise, pontos de interseção com os artigos 48 e 161 do CPTA.

B) Mecanismos de demandas de massa referentes aos recursos processados e julgados perante o STF

B.1.) Exigência de Repercussão geral no Recurso Extraordinário

A exigência de repercussão geral no Recurso Extraordinário é requisito que foi inserido pela Emenda Constitucional 45, de 08 de dezembro de 2004, através da introdução do § 3º do artigo 102 da Constituição Federal¹¹¹.

Trata-se a exigência de repercussão geral de um requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário, que funciona como um filtro e quem o regulará será o próprio STF. É uma barreira de contingência, acarretando a diminuição sensível da carga processual do Supremo Tribunal Federal, que há tempos encontra-se assoberbado de processos que aguardam julgamento.

Regulamentação da matéria foi trazida pela Lei 11.418, de 19.12.2006, que introduziu o artigo 543-A¹¹² no CPC brasileiro.

¹¹¹ 3º - No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

¹¹² Artigo 543-A “O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

Parágrafo 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

Parágrafo 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

Parágrafo 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

Parágrafo 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

Parágrafo 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo

A repercussão geral deve ser argüida em sede de preliminar formal nos Recursos Extraordinários dirigidos ao STF, sob pena de não conhecimento do recurso. O STF exige que todos os recursos extraordinários interpostos após 03/05/2007, data da publicação da Emenda Regimental nº 21 que alterou o Regimento Interno da Suprema Corte, contenham esta preliminar.

A repercussão geral tem por escopo: firmar o papel do STF como Corte Constitucional e não como instância recursal; permitir que o STF analise apenas questões relevantes para a ordem constitucional, cuja solução extrapole o interesse subjetivo das partes e fazer com que o STF decida uma única vez cada questão constitucional, evitando novo pronunciamento em processos que tratem sobre idêntica matéria.

Compete tanto ao Tribunal ou Turma Recursal de origem, quanto ao próprio STF, verificar a existência da preliminar formal de repercussão geral. Entretanto, a análise acerca da configuração da repercussão geral é exclusiva do Supremo Tribunal Federal¹¹³.

As questões passíveis de ensejar repercussão geral serão aquelas que apresentarem relevância sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa, bem como aquelas onde há a impugnação de decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal (presunção de repercussão geral).

Assim, o Recurso Extraordinário, conquanto permaneça como instrumento do controle difuso de constitucionalidade, passou a ganhar foro de abstração com a

Tribunal Federal.

Parágrafo 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.”

¹¹³ Verificação formal da repercussão geral: corresponde à análise se foi suscitada a preliminar de repercussão geral – verificação pelos tribunais locais e pelo STF.

Verificação material da repercussão geral – corresponde à observar se a matéria possui ou não repercussão geral – competência exclusiva do STF. O tribunal local apenas verifica se foi demonstrada em preliminar de recurso a repercussão geral.

inserção da repercussão geral no bojo de seus pressupostos de admissibilidade, não sendo nenhum exagero se afirmar que tal via recursal, agora, constitui uma forma híbrida de controle da constitucionalidade (difuso e abstrato), especialmente diante da eficácia vinculante e *erga omnes* de que se revestirá a decisão que negar a existência de repercussão geral, valendo para todos os recursos de matéria idêntica, *ex vi* do disposto no §5º do artigo 543-A do Código de Processo Civil.

Criou-se, pois, um importante mecanismo de contenção do volume excessivo de causas dirigidas ao STF, de maneira a selecionar as questões que efetivamente mereçam a apreciação daquele Tribunal, assim entendidas aquelas cuja relevância transcenda o interesse das partes litigantes para alcançar, em maior ou menor dimensão, o interesse de um expressivo segmento da sociedade ou, ainda, desta última como um todo.

Não basta, portanto, que haja uma controvérsia constitucional. Mister se faz que a questão a ela subjacente esteja relacionada a interesses *metaindividuais* (transcendentes), os quais, entretanto, como alertam Rodolfo de Camargo Mancuso e Luiz Manoel Gomes Jr., não necessitam estar atrelados a temas de repercussão nacional, bastando observar que os reflexos da decisão a ser proferida não se limitem, apenas, aos litigantes, mas também a um nicho coletivo, podendo este ser regional ou local.¹¹⁴

Neste passo, a análise da existência ou não da repercussão geral da questão constitucional versada será, necessariamente, casuística (pois que sempre decorrerá de uma situação concreta). Não seria prudente, por parte do legislador, procurar delimitar o conceito de cada uma das questões consideradas relevantes

¹¹⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “Recurso Extraordinário e Especial”, in *RPC – Recursos no Processo Civil*. Vol. 3. 9ª edição. RT. São Paulo, 2006. pág. 198 e GOMES JR., Luiz Manoel. “A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário – EC 45”, in NERY JR., Nelson; Wambier, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins*. Vol. 10. RT. São Paulo, 2006. pág.283.

para caracterizar a repercussão geral, sob pena de “engessar o sentido do Texto Constitucional”, como bem pondera Tereza Arruda Alvim Wambier.¹¹⁵

Daí porque o texto regulamentador do instituto constitucional em tela se limitou a discriminar os “pontos de vista” que devem ser levados em conta para fins de aferição da relevância da questão posta, sem, no entanto, defini-los, uma vez que se trata de atividade a ser exercida por quem irá analisar a situação *in concreto*, ou seja, o STF, na condição de único órgão competente para apreciar a existência da repercussão geral (artigo 102, §3º, CF/88).

Nada obstante, em que pese ser tarefa institucional do Pretório Excelso definir, casuisticamente, o conteúdo daqueles conceitos indeterminados, a doutrina pátria já vem exercendo o relevante papel de fornecer critérios objetivos que auxiliam na compreensão das situações que poderão gerar, na prática, a repercussão geral da questão constitucional debatida na via extraordinária.

Segundo preconizam José Miguel Garcia Medina, Tereza Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier, seguidos por semelhante magistério de Lênio Luiz Streck, os desdobramentos da repercussão geral podem ser assim vislumbrados:

- a) *Repercussão geral jurídica*: a definição da noção de um instituto básico do nosso direito, “de molde a que aquela decisão, se subsistisse, pudesse significar perigoso e relevante precedente”;
- b) *Repercussão geral política*: quando “de uma causa pudesse emergir decisão capaz de influenciar relações com Estados estrangeiros ou organismos internacionais”;
- c) *Repercussão geral social*: quando se discutissem problemas relacionados “à escola, à moradia ou mesmo à legitimação do Ministério Público para a propositura de certas ações”;

¹¹⁵ “A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral”, in: Tereza Arruda Alvim Wambier et al. (orgs.), *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*, São Paulo: RT, 2005, p. 74.

d) *Repercussão geral econômica*: quando se discutissem, por exemplo, o sistema financeiro da habitação ou a privatização de serviços públicos essenciais.¹¹⁶

Em sentido mais genérico, porquanto sem detalhar as situações de relevância da repercussão geral que constam da novel legislação, FREDIE DIDIER JR. oferece os seguintes parâmetros para definição do instituto, com ênfase no seu desdobramento jurídico¹¹⁷:

a) Questões constitucionais que sirvam de fundamento a demandas múltiplas, como aquelas relacionadas a questões previdenciárias ou tributárias, em que diversos demandantes fazem pedidos semelhantes, baseados na mesma tese jurídica;

b) Questões que, em razão da sua magnitude constitucional, devem ser examinadas pelo STF em controle difuso da constitucionalidade, como aquelas que dizem respeito à correta interpretação/aplicação dos direitos fundamentais, que traduzem um conjunto de valores básicos que servem de esteio a toda ordem jurídica.

Infere-se, pois, que a decisão a ser prolatada seja paradigmática, exemplificadora, enfim, que transcenda a situação individual das partes litigantes para atingir, em maior ou menor dimensão, uma significativa parcela da coletividade. Foi tal a orientação que igualmente norteou o legislador ao prescrever, no §1º do artigo 543-A, que as questões relevantes caracterizadoras da repercussão geral hão de *“ultrapassar os interesses subjetivos da causa”*, o que se presume quando a decisão impugnada pelo recurso extraordinário contrariar súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal.¹¹⁸

¹¹⁶ MEDINA, José Miguel Garcia et. al. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2005, p.103/104. STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Forense. Rio de Janeiro, 2005. p. 140/141.

¹¹⁷ DIDIER JR., Fredie. . “Transformações do recurso extraordinário”, in NERY JR., Nelson; Wambier, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2006, v. 10, p. 115/116.

¹¹⁸ Cabe aqui ressaltar que, pelo quórum de quatro votos no sentido da existência de repercussão geral, resta dispensada a remessa ao plenário para tratar dessa questão (se há ou não repercussão geral).

Negada a existência de repercussão geral, vale para todos os Recursos Extraordinários sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, ressalvada a hipótese de revisão da tese (prevista no RISTF).

Diante do claro efeito vinculativo, é admissível a manifestação de terceiros¹¹⁹, desde que por procurador habilitado.

B.2. Sistema de Retenção – matérias repetitivas em sede de Recurso Extraordinário

Nos termos do artigo 543-B¹²⁰, quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, caberá ao tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao STF, restando suspenso os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

Nessa oportunidade, mister se faz referir o RISTF, no tocante a matéria em estudo, que, em seus artigos 328 e 328-A¹²¹ regulamentam esse procedimento.

¹¹⁹ Aqui cabendo falar na possibilidade de intervenção do *amicus curiae*.

¹²⁰ “Artigo 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1o Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, **sobrestando** os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2o Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente **não admitidos**.

§ 3o Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los **prejudicados ou retratar-se**.

§ 4o Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, **cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada**.

§ 5o O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.”

¹²¹ “Artigo 328. Protocolado ou distribuído recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a), de ofício ou a requerimento da parte interessada, comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, a fim de que observem o disposto no artigo 543-B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em 5 (cinco) dias, **e sobrestar todas as demais causas com questão idêntica**.

Parágrafo único. Quando se verificar subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a) selecionará um ou mais representativos da questão e **determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turmas**

Por fim, em resumo do acima exposto, abaixo tem-se um quadro elucidativo do procedimento adotado para os Recursos Extraordinários, perante o STF:

<u>Não há repercussão geral</u>	<u>Há repercussão geral</u>
Não haverá julgamento de mérito do RE por parte do STF	É julgado o mérito do RE.
Os RE sobrestados consideram-se automaticamente não admitidos (veja-se que há discussão doutrinária sobre o cabimento ou não da aplicação do art. 544 para essas hipóteses, restando a dúvida sobre o cabimento ou não do agravo de instrumento nesses casos).	Os Tribunais de origem poderão declarar os RE sobrestados: <u>prejudicados</u> (a tese do Acórdão recorrido se alinha com a do STF – foi mantido a decisão recorrida); Em sendo confirmada a decisão recorrida, o tribunal <i>a quo</i> apreciará os RE's sobrestados e os considerará prejudicados, porquanto, com o improvimento do RE paradigma (lembrar que se está a tratar de hipótese em que o STF mantém o acórdão recorrido), os demais recursos estarão a desafiar tese contrária da já esposada pela suprema corte. Aqui se nota a repetição de técnica já utilizada na grade recursal brasileira, de conferir eficácia a precedentes jurisprudenciais

de juizado especial de origem, para aplicação dos parágrafos do artigo 543-B do Código de Processo Civil.

Art. 328-A. Nos casos previstos no art. 543-B, *caput*, do Código de Processo Civil, o Tribunal de origem não emitirá juízo de admissibilidade sobre os recursos extraordinários já sobrestados, nem sobre os que venham a ser interpostos, até que o Supremo Tribunal Federal decida os que tenham sido selecionados nos termos do § 1º daquele artigo.

§ 1º Nos casos anteriores, o Tribunal de origem sobrestará os agravos de instrumento contra decisões que não tenham admitido os recursos extraordinários, julgando-os prejudicados na hipótese do art. 543-B, § 2º.

§ 2º Julgado o mérito do recurso extraordinário em sentido contrário ao dos acórdãos recorridos, o Tribunal de origem remeterá ao Supremo Tribunal Federal os agravos em que não se retratar.

	dos tribunais superiores – basta lembrar do art. 518, § 1º, do CPC. <u>Retratar-se</u> (a tese do Acórdão recorrido contraria a tese do STF); <u>Manter a decisão</u> (a tese do Acórdão recorrido contraria a do STF) – se admitido o RE, o STF poderá cassar ou reformar liminarmente

C) Súmula impeditiva de recursos (lei 11.276/2006, que tratou do artigo 518, parágrafo 1º, do CPC brasileiro)

Segundo o artigo 518 do CPC brasileiro¹²², o magistrado não receberá a Apelação quando a sentença estiver em consonância com Súmula do STJ ou do STF.

O parágrafo em comento trata da conhecida “súmula impeditiva”, que se deu no afã de reduzir o número excessivo de recursos sem possibilidade de êxito. Nota-se, aí, uma grande simetria com a súmula vinculante, criada pela Emenda Constitucional 45/2004 (que será mais adiante estudada).

A lógica da reforma ora em foco foi: se se admite uma súmula que impede os juízes de julgamento contrário, vinculando-os, também é legítimo (e razoável) que se impeçam as partes de recorrer contra as decisões proferidas em conformidade com a jurisprudência sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal (as duas superiores cortes do País). O objeto da súmula vinculante e da súmula impeditiva de recursos é o mesmo: a valoração das súmulas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

¹²² Artigo 518 do CPC “Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder.

§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º Apresentada a resposta, é facultado ao juiz, em cinco dias, o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso.”

A súmula impeditiva também foi criada em face do Princípio da Economia Processual, já que irretorquível seria a perda de tempo, de recursos e de energia com o processamento de um recurso contra uma decisão proferida nos termos do entendimento do próprio tribunal destinatário desse recurso (isso quando os destinatários são o STJ e o STF, cujas funções são a uniformização da interpretação da lei federal, no âmbito da ordem infraconstitucional e constitucional, respectivamente).¹²³

Cabe ressaltar que, segundo o artigo 557 do CPC brasileiro já existente, o relator deve negar seguimento ao recurso formulado em dissonância com súmula do STJ ou STF, em decisão monocrática (outro instrumento alusivo às demandas de massa). Logo, depreende-se que o parágrafo 1º do 518 do CPC corresponde a uma mera ampliação ao prestígio já existente da jurisprudência sumulada.

Para que se aplique a súmula impeditiva de recursos, mister se faz que a decisão seja lastreada na súmula em sua completude (e não apenas em parte).

D) Súmula vinculante (Artigo 103-A da Constituição Federal, Lei 11.417/2006 e Emenda Constitucional 45/2004)

A Súmula Vinculante se deu com a introdução do artigo 103-A¹²⁴ na Constituição

¹²³ Aqui cabe acrescentar que a lógica (coletiva) brasileira é bem diversa da lógica (individualista) portuguesa, tendo, inclusive, cada um desses países seus problemas peculiares, sendo o problema maior do Judiciário brasileiro o da demora nos julgamentos (tendo como um dos principais motivos o número excessivo de processos).

¹²⁴ “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. [\[Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\]](#)”

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de

Federal pela Emenda Constitucional 45. Todavia, trata-se de norma programática, cuja regulamentação se deu pela Lei 11.417/2006.

D.1. Desenvolvimento legal até a chegada da súmula vinculante

Nessa oportunidade, mister se faz observar o verdadeiro “nascido e o crescimento” da Súmula Vinculante.

A Lei 8.038 trouxe o “embrião” da súmula vinculante, na medida em que, pelo seu artigo 38, permitiu que o relator (no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça) decida o pleito que esteja em dissonância com súmula do respectivo tribunal (isso nas questões notadamente de direito). Na verdade, não havia um efeito vinculante, mas sim, uma legítima tendência a aplicá-la.

Ulteriormente, em 1998, foi editada a lei 9.756, a qual alterou o teor do artigo 557 do Código de Processo Civil, para facultar ao relator negar seguimento a recurso quando esse esteja em dissonância com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, súmula do STF ou súmula do STJ. Não obstante, outra vez, a ausência de efeito vinculante, os relatores nos tribunais, na prática, passaram a decidir, assiduamente, com base no artigo em tela.

Em 1999, foi editada a Lei 9.868, pela qual, através do artigo 28, parágrafo único, foi consagrado o efeito vinculante de forma expressa para as decisões do STF (no controle abstrato de constitucionalidade), o qual já era previsto constitucionalmente para as decisões definitivas de mérito nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade.

inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."

Só após a essa forte tendência legal no sentido vinculante do entendimento dos tribunais é que foi editada a Emenda Constitucional 45/2004 ora em comento.

D.2. Pressupostos para a edição de uma súmula vinculante

Nos termos do artigo 103-A e seus parágrafos, depreende-se inúmeros pressupostos a serem satisfeitos para se poder editar uma súmula vinculante.

D.2.1. Legitimidade para propor edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante

Os legitimados são aqueles aptos a propor a ação direta de inconstitucionalidade (elencados no artigo 103 da Constituição Federal/88). Cabe acrescentar a possibilidade de alteração desses legitimados por lei, segundo preceitua o §2º artigo 103-A (“*Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei*”).

A lei 11.417/2006, que regulamentou o procedimento para a edição da súmula vinculante, ampliou o rol estabelecido pelo artigo 103-A, conferindo legitimidade para tanto ao Defensor Público da União (inciso VI, artigo 3º), aos Tribunais Superiores, Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais Locais (XI, artigo 3º), bem como aos Municípios (através de requerimento incidental “ao curso de processo em que seja parte”).

Cabe ressaltar que a lei regulamentadora da Súmula vinculante (Lei 11.417/2006) previu, em seu artigo 3º, § 2º, a possibilidade de intervenção do “*amicus curie*”.¹²⁵

D.2.2. Quórum

Imprescindível o quórum de 2/3 (dois terços) dos membros do STF para a aprovação de uma súmula vinculante (ou seja, oito ministros do STF)

¹²⁵ Mesmo antes da edição dessa lei, com a previsão expressa dessa possibilidade de intervenção do “*amicus Curie*” na edição, revisão ou cancelamento da súmula vinculante, a doutrina mais equilibrada defendia tal possibilidade.

D.2.3. Matéria

A matéria da súmula a ser editada deve ser constitucional.

D.2.4. Decisões reiteradas

Exige-se, para a edição de uma súmula vinculante, que a matéria objeto da mesma seja objeto de decisões reiteradas. Trata-se de exigir do STF um amadurecimento maior sobre o entendimento em relação a certa matéria constitucional. Note-se que nem o artigo 103-A, nem a Lei 11.417/2006, mencionam sobre a quantidade de decisões reiteradas anteriores que será necessária para preencher tal requisito. Assim, o STF deverá observar o Princípio da Razoabilidade para entender como satisfeito o requisito em tela.

D.2.5. O objetivo da súmula deverá cingir-se à eficácia (capacidade de produzir efeitos) de normas constitucionais.

Segundo o §1º do artigo 103 da CF/88, a súmula deverá ter por objetivos específicos a validade, interpretação e eficácia de determinadas normas (e a Lei 11.417/06 limitou-se a transcrever, praticamente, aquele dispositivo constitucional). Ocorre que parece ser ilógico e irrazoável que o objetivo da súmula vinculante se refira a qualquer tipo de norma, devendo restringir-se apenas às normas constitucionais. Logo, tem-se que a súmula vinculante deverá pretender resolver controvérsias sobre a vigência, inteireza positiva e higidez estrutural da norma (concluindo, por exemplo, sobre a compatibilidade ou incompatibilidade de uma emenda constitucional com o próprio Texto Constitucional).

D.2.6. Controvérsia atual

Necessário se faz que, na oportunidade em que se visa editar a súmula vinculante, exista uma controvérsia sobre a validade, eficácia ou interpretação da norma constitucional (sendo, logicamente, impertinente a edição de súmula vinculante sobre matéria já pacificada).

Tal controvérsia deve ser entre os órgãos judicantes, ou entre esses e a Administração.

D.2.7. Grave insegurança jurídica

O simples fato de casos quejandos obterem decisões díspares demonstra uma insegurança jurídica de natureza gravíssima.

Quando se tem matéria notadamente de direito a ser resolvida e cidadãos que recorrem ao Judiciário por ações diversas obtendo resultados diversos, infere-se aí uma violação ao próprio Princípio da Isonomia.

Por tais razões, é claramente lógica a necessidade de existência de “grave insegurança jurídica” para que possa ser usado esse instrumento.

D.2.8. Relevante multiplicação de processos

Tal requisito foi inserido pelo artigo 2º, § 1º (*in fini*)¹²⁶. Da leitura desse dispositivo depreende-se tratar-se a edição da súmula vinculante de um mecanismo de solução para o caso das demandas de massa.

D.3. Características dos efeitos da súmula vinculante e conclusões

Tem-se que uma decisão judicial só produz efeitos quando ela passa a alterar a realidade fática. Disso, conclui-se que produzir efeitos significa mudar a realidade.

O efeito vinculante se dará em relação aos membros do Poder Judiciário (ressalvando os ministros do STF quando estiverem em conjunto de um número igual ou superior a oito, já que, por tal quórum, podem revisar ou cancelar uma súmula vinculante) e da Administração pública, como se vê do texto constitucional e legal sobre a matéria.

¹²⁶ “Artigo 2º, § 1º da Lei 11.417/06 - O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e **relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.**”

A eficácia da súmula será imediata, podendo, todavia, o STF manipular¹²⁷ os respectivos efeitos, restringindo ou até concedendo eficácia prospectiva, tudo em consonância com o interesse público e nos termos do artigo 4º da Lei 11.417/2006¹²⁸.

Há doutrina criticando a súmula vinculante, sob a falsa alegação de que findará por escravizar os membros do Poder Judiciário, de que “hermenêutica é caso concreto”, de que haverá uma mutilação da prestação jurisdicional, de que ensejará uma ditadura das instâncias superiores em detrimento das inferiores, etc.

É indiscutivelmente necessária a existência de um mecanismo dessa natureza no Brasil, em face da irretorquível e contundente existência de um grande número de demandas massificadas. O instituto da súmula vinculante não só é justo, democrático, como também é necessário. Corresponde a um meio de respeitar os próprios cidadãos (e a igualdade entre eles) e de assegurar a segurança jurídica.

Ademais, a partir da edição de uma súmula vinculante sobre determinada matéria, os próprios cidadãos vão pautar suas condutas e comportamentos naquela orientação, evitando-se, assim, inúmeras lides (tornando-se a súmula vinculante um verdadeiro mecanismo preventivo contra demandas de massa).

Conclui-se, assim, que a súmula vinculante é uma forma de realizar JUSTIÇA. É um forte mecanismo capaz de fazer realizar, satisfatoriamente, a jurisdição sobre os processos de massa (ressaltando que a vinculação em tela já existia antes mesmo da criação da súmula vinculante, restando apenas mais pacificada e constitucionalmente embasada com a criação da referida súmula).

¹²⁷ Como já é previsto para os casos de julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade.

¹²⁸ “Art. 4º da Lei 11.417/06 - A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.”

E) Improcedência de ação em primeiro grau, com dispensa da citação do réu, com base em sentença de caso semelhante anteriormente prolatada (Artigo 285-A do CPC brasileiro acrescido pela Lei. 11.277/2006)

Outro mecanismo existente para tratar das demandas de massa é aquele previsto pelo artigo 285-A do CPC brasileiro, segundo o qual *“Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. § 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação. § 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.”*

Diante da clareza do dispositivo acima transcrito, não são necessários maiores comentários para perceber-se a importância desse artigo em relação às demandas de massa.

F) Julgamento de argüição de inconstitucionalidade com base em pronunciamento dos órgãos fracionários dos tribunais ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão (Artigo 481, parágrafo único do CPC)

Sobre a declaração de inconstitucionalidade, mister se faz a leitura dos dispositivos abaixo:

“Art. 480. Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo.

Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998).”

O instrumento acima transcrito também é um forte mecanismo para combater os males das inúmeras demandas de massa hoje existentes no Brasil.

G) Possibilidade de concessão de medida liminar que determine a suspensão dos processos nos quais haja a controvérsia pelo STJ, em incidente de uniformização de jurisprudência perante os juizados especiais cíveis e criminais no âmbito da justiça federal (Artigo 14º, § 4º, §5º e § 6º da lei 10.259/2001¹²⁹)

O §4º do artigo 14 da lei 10.259/01 prevê a possibilidade de o STJ vir a ser ouvido quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização em questões de direito material contrariar súmula ou jurisprudência dominante daquele tribunal.

O § 5º do artigo 14 da lei 10.259/01 preceitua que o relator poderá, desde que haja plausibilidade do direito invocado e fundado receio de dano de difícil reparação, conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, medida liminar que determine a suspensão dos processos nos quais haja a controvérsia.

Já o §6º do artigo 14 da lei 10.259/01 vigente aduz que demais pedidos de uniformização idênticos àquele que deu origem à manifestação do Superior Tribunal de Justiça brasileiro terão seus julgamentos sobrestados no âmbito das Turmas Recursais até que aquela Corte se manifeste).¹³⁰

H) Julgamento de declaração de incompetência com base em jurisprudência dominante do tribunal

¹²⁹ Artigo 14º, §5º e § 6º, da Lei 10.259, de 12 de julho de 2001:

“Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei. (...) § 5º No caso do § 4º, presente a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio de dano de difícil reparação, poderá o relator conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, medida liminar determinando a suspensão dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.(...); § 6º Eventuais pedidos de uniformização idênticos, recebidos subsequente em quaisquer Turmas Recursais, ficarão retidos nos autos, aguardando-se pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça.”

¹³⁰ Acresça-se, ainda, que o parágrafo 7º do dispositivo em comento prevê a atuação do amicus curie.

Nos termos do artigo 120 do CPC brasileiro, tem-se que:

Art. 120 do CPC “Poderá o relator, de ofício, ou a requerimento de qualquer das partes, determinar, quando o conflito for positivo, seja sobrestado o processo, mas, neste caso, bem como no de conflito negativo, designará um dos juízes para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes.

Parágrafo único. Havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, o relator poderá decidir de plano o conflito de competência, cabendo agravo, no prazo de cinco dias, contado da intimação da decisão às partes, para o órgão recursal competente.”

Depreende-se, assim, da mera leitura do dispositivo supra transcrito, um forte instrumento também capaz de solucionar alguns problemas ocasionados pelas demandas massificadas.

I) Julgamento de remessa ex officio com base em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula desse tribunal ou do tribunal superior competente

Do artigo 475, parágrafo 3º, também se depreende mais um mecanismo importante para o bom funcionamento da máquina judiciária (possuidora de inúmeras demandas de massa).

Art. 475. “Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública.

(...)

§ 3o Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.”

J) Julgamento de Agravo de Instrumento em face de denegação recurso especial ou recurso extraordinário com base em súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça (artigo 544, parágrafo 3º, do CPC)

Abaixo, mais um instrumento alusivo às demandas de massa de grande importância para o bom funcionamento do Poder Judiciário:

Art. 544 do CPC “Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de 10 (dez) dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso. (...)”

§ 3º Poderá o relator, se o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial; poderá ainda, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, determinar sua conversão, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo ao recurso especial.

§ 4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se também ao agravo de instrumento contra denegação de recurso extraordinário, salvo quando, na mesma causa, houver recurso especial admitido e que deva ser julgado em primeiro lugar.”

L) Denegação monocrática de recurso com base em súmula ou em jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de tribunal superior; provimento monocrático de recurso com base em súmula ou em jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de tribunal superior

Cabe trasladar o artigo 557 do CPC, pois é de grande importância para o trâmite das demandas massificadas existentes hoje no Brasil:

“Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.”

M) Suspensão de medidas liminares contra atos do poder público

Nos termos da Lei 8.437/92, tem-se que “Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

(...)

§ 8º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.”

Logo, tem-se que a hipótese em tela é um claro exemplo de instrumento de demandas de massa.¹³¹

N) Ação Civil Pública e ação coletiva intentada nos moldes do Código de Defesa do Consumidor

Ainda como instrumentos preventivos alusivos às demandas de massa no Brasil, cabe citar a Ação Civil Pública e a Ação Coletiva intentada nos moldes do Código de Defesa do Consumidor.

No Brasil, há a ação coletiva criada pelo Código de Defesa do Consumidor (aprovado pela Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990), para a defesa dos interesses

¹³¹ Sobre outras questões interessantes referentes à concessão de liminar contra o poder público, Cfr. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 7ª edição. Dialética. São Paulo, 2009. Pág. 227 a 233.

individuais homogêneos, nos termos dos artigos 82 e 91^a 100^a da aludida lei. Dita ação possui muita coisa em comum com a class action americana (seja em relação à legitimidade processual ativa, seja pelo regime de liquidação e execução da sentença).

Logo, essa possibilidade de lançar mão de uma ação conjunta para defesa dos interesses individuais homogêneos (dentre outros) é uma clara prevenção de futuras demandas de massa.

Pelo fato de um representante intinar uma ação em benefício de inúmeros interessados, seja através da Ação Civil Pública, seja através da Ação Coletiva do CDC, resta evidente que se previne a apresentação de inúmeras demandas por cada um dos representados, isoladamente, sobre a mesma matéria.

Por fim, cabe concluir que as modificações legais acima apontadas nasceram da necessidade de a ciência processual apresentar soluções urgentes e concretas aos problemas emergentes de uma sociedade de massa, no afã de proporcionar efetividade ao processo e restaurar a credibilidade do poder Judiciário (desacreditado em face das demoradas, dispendiosas e ineficazes soluções ditas aparentemente obtidas com um processo judicial).

Bem elucidou Luiz Fux que a morosidade da justiça está indiretamente relacionada com as várias e dispensáveis solenidades processuais existentes sob o argumento de garantir o réu contra os possíveis arbítrios cometidos pelo Poder Judiciário.¹³²

¹³² Ainda acrescenta o aludido Ministro do STJ brasileiro que “essa exacerbada preocupação com os demandados olvidava um aspecto axiológico fundamental: o de que a proteção excessiva dos réus desprezava a circunstância de que o processo também deve prover em favor dos autores, que se socorrem ao Judiciário à míngua da possibilidade de engendrarem a justiça pelas próprias mãos”. Cfr. FUX, Luiz. “Um sonho de Justiça” in Revista de Processo. Revista dos Tribunais, v.90. São Paulo, abril/junho de 1998. Pág 151-152.

4.4. Conclusão comparativa entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e português, em relação aos instrumentos existentes para combater a questão das demandas de massa¹³³

4.4.1. Quanto ao momento de suspensão de processos similares ao processo paradigma a ser julgado¹³⁴ (artigo 48 combinado com o artigo 161 do CPTA *versus* artigos 543-C, §2º e 543-B, §1º do CPC, § 6º, do artigo 14, da Lei 10.259/2001 e § 8º, artigo 4º, da Lei 8437/92).

A diferença entre os momentos da suspensão é clara. Enquanto no sistema português a suspensão se dá em primeiro grau, no sistema brasileiro ocorre a partir do segundo.

4.4.2. Quanto ao prazo de suspensão

O sistema brasileiro é mais previsível quanto ao prazo de suspensão. Na maioria das hipóteses legais de suspensão processual em face de julgamento de um processo “modelo”, há norma (se não prevista na lei, há previsão no regimento interno do tribunal competente para julgamento dos processos) estabelecendo um

¹³³ A seguir, elenca-se rol exemplificativo de diferenças verificadas entre os sistemas (e não, exaustivo)

¹³⁴ (Recurso Especial) 543-C § 2º - Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

(Recurso Extraordinário) Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, **sobrestando** os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§6º do artigo 14 da Lei 10.259/2001 – sobre incidente de uniformização de jurisprudência perante os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. O §6º referido estabelece que outros pedidos de uniformização idênticos àquele que deu origem à manifestação do Superior Tribunal de Justiça terão seus julgamentos sobrestados no âmbito das Turmas Recursais até que aquela Corte se manifeste.

§ 8º, artigo 4º, da Lei 8437/92 “As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001\)](#)”

limite temporal para a suspensão¹³⁵, diferentemente do que ocorre no sistema português (em que não há uma previsão de prazo limite para a suspensão processual).

4.4.3. Quanto à natureza da matéria objeto dos processos envolvidos nos mecanismos de demandas de massa.

Outra diferença importante verificada é aquela quanto à matéria tratada nos processos objeto dos mecanismos de demandas de massa em estudo. No Brasil, tais instrumentos, em grande maioria, são utilizados nos recursos cujos objetos são matérias de direito (inclusive por se tratarem, na maioria dos casos, de recursos a serem julgados em tribunais superiores, que apenas analisam questões de direito, e não, de fato).

Já em Portugal, como a suspensão se dá em primeira instância, o objeto a ser julgado pelos processos objeto do mecanismo em tela (aqueles do artigo 48 e 161 do CPTA) pode corresponder tanto a questões de direito, como a questões de fato.¹³⁶

4.4.4. Quanto à competência para optar sobre a extensão dos efeitos

Nos mecanismos brasileiros, a opção (ou determinação em face de incidência de hipótese legal) de extensão dos efeitos de uma decisão sobre outra é do julgador (quanto à aplicação do efeito vinculativo de um posicionamento ao outro caso similar).

¹³⁵ Como exemplo disso, há norma regimental segundo a qual: nos Tribunais Regionais Federais e nos Tribunais de Justiça, havendo multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, tanto na jurisdição cível quanto na criminal, caberá ao presidente, admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, **suspendendo por 180 dias a tramitação dos demais.**

¹³⁶ Isso em face da própria lógica mais individualista (precipuamente quando comparada à lógica processual brasileira).

Já quanto aos mecanismos dos artigos 48 e 161 do CPTA (mecanismos portugueses), a opção de extensão dos efeitos ou não é das partes dos processos que ficaram suspensos.¹³⁷

4.4.5. Quanto ao modelo processual adotado

Da própria análise das diferenças anteriormente apontadas, dessome-se uma lógica mais individualista portuguesa, diversamente do que ocorre com o modelo processual brasileiro, que se coaduna a uma lógica coletiva. O sistema normativo brasileiro é todo voltado a uma lógica pluralista e coletiva, eis o principal motivo das diferenças acima apontadas.

5. A FIGURA DO AMICUS CURIAE COMO FATOR DE LEGITIMAÇÃO DAS DECISÕES PROFERIDAS EM PROCESSOS DE MASSA

5.1. Introdução

É crescente a necessidade de o Judiciário auscultar os anseios difundidos nas diversas funções estatais e na própria sociedade (essa, a cada dia, mais complexa, marcada por um forte pluralismo). Consequentemente, mister se faz também a transferência do aludido pluralismo para o processo, no afã de equilibrar o que está “fora” e “dentro” dos autos, bem como de bem realizar o Princípio da Cooperação, do Contraditório e da Colaboração.

É usual escutar-se o “*amicus curiae*” como o “amigo da corte” ou até mesmo, “colaborador da corte”. Há ainda quem fale em “amigo da cúria, da justiça”. Ocorre que tal tradução literal não se mostra suficiente para o real conteúdo do instituto em estudo, como se verá do a seguir exposto.

¹³⁷ Isso é assim também em face da própria lógica mais individualista (mormente quando comparada à lógica processual brasileira).

O “*amicus curie*”¹³⁸ pode ser visto como um portador ou representante dos interesses filtrados adequadamente (existentes na sociedade ou no próprio Estado, de difícil subjetivação) passíveis de serem afetados por um processo, mas que se encontram no exterior do mesmo.

Esse representante dos interesses sociais e estatais dispersos conduzirá ao processo elementos (fáticos ou jurídicos) que se relacionam com o objeto do litígio em causa, protegendo interesses institucionais dispersos na sociedade e no próprio Estado, suprindo, assim, um déficit democrático¹³⁹ na atividade judiciária.

Cabe esclarecer que o “*amicus curiae*” não possui interesse jurídico¹⁴⁰ em causa, daí o principal traço distintivo entre ele e o assistente, o perito e os membros do Ministério Público, por exemplo.

Trata-se de um interesse público institucional. Transcende os interesses e direitos subjetivados nas partes da lide. Público, porque não pertence a ninguém individualmente.

O necessário diálogo entre a sociedade e o poder Judiciário se faz cada vez mais necessária, notadamente quando se observa a tendência vinculativa (ou, quando menos, faticamente persuasiva) das suas decisões em relação às partes de outros processos pendentes ou eventuais semelhantes¹⁴¹. A correta e ampla atuação do

¹³⁸ Há os que entendem o “*amicus curiae*” como “intervenção de terceiros anômala”

¹³⁹ Déficit cuja intensidade mostra-se aumentada em proporção direta ao crescimento da tendência vinculativa ou, quando menos, persuasiva, dos precedentes judiciais, o que é visto de forma inequívoca no sistema processual brasileiro. Embora de forma não tão inequívoca, essa tendência também se verifica no sistema do contencioso administrativo português (como, por exemplo, se vê na tendência de julgamento igual àquele do processo modelo previsto no artigo 48 do CPTA, já que todos os julgadores dele participarão).

¹⁴⁰ Interesse naturalístico: relação entre a necessidade de um sujeito e o bem ou bens aptos a satisfazer essa necessidade; Interesse econômico: juízo que o sujeito faz do bem ou bens aptos a satisfazerem a sua necessidade; Interesse jurídico: mecanismo jurídico de reconhecimento de posições de vantagem para a satisfação de necessidades.

¹⁴¹ Isso se vê no caso dos artigos 48 combinado com o artigo 161 do CPTA português, ou no caso do Regime Processual Experimental. Também se vê nas hipóteses de edição, revisão ou cancelamento de Súmula Vinculante (lei 11.417/2006, artigo 3º, §2º), julgamento de ADIN, ADECON e ADPF, no incidente de inconstitucionalidade (controle difuso) da Lei 9.868/99 (artigo 482 e seus §§ 1º, 2º e 3º, do CPC brasileiro), incidente de uniformização de jurisprudência perante os Juizados Especiais

“*amicus curiae*” mostra-se, assim, como forte fator de legitimação das decisões “modelos” de causas judiciais correlatas (estudadas no presente trabalho).

5.2. Previsão (legal, jurisprudencial e doutrinária) do “*amicus curiae*” em Portugal

Não há (ainda) previsão legal, jurisprudencial ou doutrinária, em Portugal, alusiva à atuação do “*amicus curiae*”. Na verdade, tudo indica que num futuro não muito distante a realidade legal e jurisprudencial será diferente, pois, a própria Constituição Portuguesa (em seu artigo 267, n.5) assevera que “O processamento da actividade administrativa será objecto de lei especial, que assegurará a racionalização dos meios a utilizar pelos serviços e a participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito.” (grifos acrescidos).¹⁴² Ademais, também cabe acrescentar que o CPC português previu expressamente a necessidade de observação do Princípio da Cooperação, o que se encaixa perfeitamente à aceitação e à utilização do *amicus curiae*.

5.3. Previsão Legal Brasileira do “*amicus curiae*”

A expressão “*amicus curiae*” apenas é encontrada no artigo 23, §1º, da Resolução 390, de 17 de setembro de 2004, do Conselho da Justiça Federal, que trata do regimento interno da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais. O dispositivo em comento permite que eventuais interessados, entidades de classe, associações, organizações não-governamentais “na função de *amicus curiae*” apresentem memoriais e façam sustentação oral nos julgamentos daquele órgão.

(§ 7º do artigo 14, da Lei 10.259/2001), exigência de repercussão geral no Recurso Extraordinário (artigo 543-A, §6º, do CPC brasileiro, cuja redação foi dada pela Lei 11.418/2006), julgamento de processos especiais repetitivos (artigo 543-C do CPC brasileiro, cuja redação foi dada pela lei n. 11.672, de 8 de maio de 2008), dentre outros.

Note-se que em tais casos, os interesses subjacentes ao caso em contrato a ser julgado suplantam o interesse que caracteriza o litígio entre dois sujeitos, ali chamado de “direito”.

¹⁴² Há, inclusive, um caso que foi processado e julgado no Tribunal Constitucional, em que se pode vislumbrar uma atuação bem próxima a de um “*amicus curiae*”: Acórdão 620/2007 do TC, em que se lê “O Governo, através do Primeiro -Ministro, invocando a qualidade de parte interessada, remeteu ainda ao Presidente do Tribunal Constitucional um parecer jurídico sobre o objecto do pedido, que foi junto aos autos”.

Ocorre que há outras previsões legais da figura, contudo, sem tê-la tratado expressamente pela nomenclatura “*amicus curiae*”, como se vê do rol exemplificativo abaixo:

- Lei 9.868/99 – lei sobre ADIN e ADECON (embora vede a intervenção de terceiros, admite a manifestação de “outros órgãos ou entidades” para ADIN – artigo 7º, § 2º)
- Lei 9.882/99 – lei sobre ADPF (não prevê expressamente a possibilidade da intervenção do “*amicus curiae*”, mas em face da abertura do sistema, o mesmo aplicado para ADIN também deverá aqui ser feito).
- Lei 9.868/99 – lei referente ao incidente de inconstitucionalidade, em controle difuso. Veja-se que o artigo 482 do CPC, em seu parágrafo 3º, prevê a manifestação do *amicus curiae*.¹⁴³
- Parágrafo 7º do artigo 14, da Lei 10.259/2001 – referente ao incidente de uniformização de jurisprudência perante os Juizados Especiais, em que se lê “(...) Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias”.
- Parágrafo único, artigo 5º, Lei 9.496/98 - que regula a intervenção da União Federal “nas causas em que figurarem, como autores ou réus, entes da administração indireta”. Segundo o § único “As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer,

¹⁴³ 143 “Art. 480. Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo.”.

“Art. 482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.

§ 1o O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal.

§ 2o Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos.

§ 3o O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.”

hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes”.

- Comissão de Valores Mobiliários – CVM (artigo 31 da lei 6.385/76) poderá manifestar-se nos processos cujas matérias sejam de competência da CVM.
- Instituto Nacional da Propriedade Privada Industrial – INPI (artigo 57, 118 e 175 da Lei 9.279/96 de 14 de maio de 1996) também poderá manifestar-se como *amicus curiae*, nos seguintes termos: “A ação de nulidade de patente será ajuizada no foro da Justiça Federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito”.
- Artigo 89 da Lei 8.884/94 – pelo qual o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) também poderá intervir como *amicus curiae* (“Nos processos em que se discuta a aplicação desta Lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente”).
- Artigo 49, §único da Lei 8.906/94 – pelo qual a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) poderá manifestar-se como *amicus curiae* (caput do artigo 49 antes referido: “Os Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB têm legitimidade para agir, judicial ou extrajudicialmente, contra qualquer pessoa que infringir as disposições ou os fins desta Lei”. §único: “As autoridades mencionadas no caput deste artigo têm, ainda, legitimidade para intervir, inclusive como assistentes, nos inquéritos e processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos, os inscritos na OAB”).
- Lei 11.417/2006, artigo 3º, §2º - que prevê expressamente a possibilidade da intervenção do *amicus curiae* (porém não com essa nomenclatura) no procedimento da súmula vinculante.
- Artigo 543-A, §6º, do CPC (sobre repercussão geral no Recurso Extraordinário – redação da lei 11.418/2006) - também prevê a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* (não porque irá atingir diretamente interesses homogêneos, mas sim, indiretamente, pois são nesses processos em que se definem o que é de repercussão geral e o que não é. Logo, diante da natureza vinculativa desse, mister se faz a representação dos interesses dos eventuais atingidos).
- Artigo 530-H do CPP brasileiro, pelo qual as “associações de titulares de direitos de autor e os que lhes são conexos poderão, em seu próprio nome, funcionar como

assistente da acusação nos crimes previstos no artigo 184 do Código Penal, quando praticados em detrimento de qualquer de seus associados”.

- Artigo 543-C, parágrafo 4º, do CPC brasileiro, pelo qual “*O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.*”).

Cabe ressaltar que o sistema jurídico brasileiro é aberto, passível de ser preenchido quando dos respectivos casos concretos. O Supremo Tribunal Federal brasileiro tem se mostrado muito generoso quanto à admissão do “*amicus curiae*” nas ADINs, por exemplo.

5.4. Da possibilidade de adoção da figura do “*amicus curiae*” em Portugal, em face da abertura da norma jurídica¹⁴⁴

O direito atualmente não pode ser mais estudado ou aplicado sem que se leve em conta outros valores que não os exclusivamente jurídicos.

É cediço que a atividade do juiz passou da passividade, da neutralidade¹⁴⁵ absoluta (do mero conhecimento do direito com posterior aplicação automática) para uma atividade criadora-valorativa. A dificuldade da atividade judiciária reside exatamente nesse aspecto (de compatibilização e compreensão dos valores dispersos na sociedade e no Estado, bem como de uma sistematização dos mesmos com posterior aplicação do direito ao caso concreto).

Denota-se que a abertura do sistema normativo é imprescindível para que o aplicador do direito possa adequá-lo às mutações valorativas das sociedades. As

¹⁴⁴ Sobre a matéria, cfr. BUENO, Cássio, Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um Terceiro Enigmático*. 2ª edição. Saraiva. São Paulo, 2008. Pág. 9 a 36.

¹⁴⁵ Neutralidade de valores é diferente de imparcialidade (que se cinge às pessoas e objeto envolvidos no litígio). O legislador trabalha para a estabilidade das relações sociais, e o juiz, para a mobilidade das mesmas.

normas devem ser interpretadas pelos operadores do direito, cuja solução interpretativa encontrada deve mostrar-se como uma possível de ser aplicada (e não como a única aceitável). Já restou introjetada na doutrina e jurisprudência atual que, em regra, os conceitos legais não são unívocos, sendo cabível uma abertura para a consideração da realidade social da época do julgamento.¹⁴⁶

Veja-se que o paradigma social de produção do ordenamento jurídico é mutável, pelo que sempre haverá um descompasso entre a realidade na que foi produzida a norma e aquela da época de sua aplicação, o que faz necessária a abertura do ordenamento normativo ora comentada.

A norma jurídica (chamada por muitos de “matéria prima” do aplicador do direito) tem evoluído para uma característica cada vez mais aberta, com Princípios, “cláusulas gerais”, “normas de conceitos vagos e indeterminados”, “discrecionabilidade”, permitindo, assim, uma pesquisa e aplicação mais livre do magistrado, que procederá numa espécie de criação valorativa ao julgar uma causa (valorando o caso concreto posto em suas mãos).

Assim, diante da abertura do sistema, facilmente introjetar-se-á a prática de admissão do “amicus curiae” no contencioso administrativo.

5.5. A influência do Direito Constitucional nos demais ramos do direito¹⁴⁷ (outro fator de influência para a tendência de adoção do “amicus curiae” no contencioso administrativo português)

É crescente a influência do novo paradigma constitucional nos demais ramos do direito¹⁴⁸, como se depreende, por exemplo, do reflexo dos direitos fundamentais

¹⁴⁶ Exemplo pertinente de ser citado é o do artigo 82 do CPC brasileiro, inciso III, na medida em que estabelece a intervenção do Ministério Público “(...) **nas causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte**”. (Pergunta-se, então: “o que é interesse público para que se aplique esse dispositivo?”)

¹⁴⁷ Sobre a matéria, cfr. BUENO, Cássio, Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um Terceiro Enigmático*. 2ª edição. Saraiva. São Paulo, 2008. Págs 41 a 78.

¹⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil?*. In: GRAU, Eros Roberto e GERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, págs 108/110 e 114/115.

nas relações de direito privado.¹⁴⁹

Quanto ao processo brasileiro (ressalvando-se que no Brasil há o contencioso monista, em que não se separa o contencioso administrativo do civil), hoje se fala no Modelo Constitucional de Processo Civil, sendo Carta Magna o ponto de partida de qualquer interpretação do Código de Processo Civil.¹⁵⁰ Todavia, o mesmo se diz quanto à aplicação do Direito Constitucional português ao contencioso administrativo desse País.

O processo civil brasileiro, ou o processo do contencioso administrativo português, mostram-se vinculados ao “modo de ser do processo” que a respectiva Constituição determina.¹⁵¹ Tal aproximação demonstra a prevalência dos direitos fundamentais em relação aos demais.¹⁵²

Nessa perspectiva, mister se faz olhar o processo com fulcro nos princípios constitucionais do Devido Processo Legal, do contraditório e da ampla defesa, aos quais a função do “*amicus curiae*” atende perfeitamente.

Em correspondendo o contraditório ao binômio “informação e reação” ou “ciência e resistência”, sendo o primeiro elemento indispensável e o segundo apenas possível¹⁵³, depreende-se a necessidade da participação no julgamento pela

¹⁴⁹ O Código Civil de 2002 brasileiro, por exemplo, tem padrões ideológicos ou políticos claramente diversos daqueles do Código Civil de 1916 brasileiro.

¹⁵⁰ Segundo CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “Por ‘direito processual constitucional’ queremos designar um método consistente em examinar o sistema processual e os institutos do processo à luz da constituição e das relações mantidas com ela.”, concluindo que o processo deve ser visto “como fator de efetividade dos preceitos e garantias constitucionais de toda a ordem” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, Vol. I, São Paulo, Malheiros, 2001, página 189).

¹⁵¹ Sobre a matéria em tela, CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “A ‘principalização’ da Jurisprudência através da Constituição”, publicado na Revista de Processo, V. 98, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pág. 83/89; MIRANDA, Jorge, “Constituição e Processo Civil”, publicado na Revista de Processo, V. 98, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pág. 29/42.

¹⁵² “A aproximação entre Direito Processual e Constituição reforça o sentimento de preservação e expansão dos direitos fundamentais como finalidade primeira de nossa ciência. A busca pela distribuição igualitária dos meios de acesso à dignidade passa a dar significado a todas as técnicas processuais, o que sugere uma ampla revisão.” (SCARPARO, Eduardo Kochenborger, “O Processo como Instrumento dos Direitos Fundamentais”, in Revista da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Paraná, n. 45, Curitiba, 2006, pág. 183.

¹⁵³ NERY JÚNIOR, Nelson, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

sociedade e pelas demais parcelas do Estado, restando, assim, respeitados os valores do Estado Democrático de Direito.

Veja-se que tal necessidade se encaixa perfeitamente ao instrumento previsto no artigo 48 do CPTA, por exemplo (já que é claro o efeito persuasivo da decisão proferida pelo processo modelo, como já anteriormente elucidado). Logo, tem-se que o grau de legitimidade dessa decisão judicial é, portanto, diretamente proporcional ao grau de possibilidade de participação dos seus destinatários (diretos e indiretos).

5.6. O modelo constitucional do processo e o Princípio da Cooperação como uma evolução do Princípio do Contraditório

Pode-se falar no Princípio da Cooperação¹⁵⁴ como uma evolução do Contraditório, ou como uma faceta do mesmo, que está inserido no âmbito dos direitos fundamentais. Pelo Princípio da Cooperação, entende-se aquele que exige um freqüente diálogo entre o juiz e as partes, para que melhor se profira a decisão do caso em pauta. Tal princípio está intimamente ligado ao desígnio (de todos os sujeitos processuais) de proporcionar uma melhor atividade jurisdicional.

A cooperação corresponde justamente à troca de elementos, dados, informações, valores e até documentos, subsidiando o magistrado para sua tarefa de julgar.

Mais uma vez aqui cabe tratar do “*amicus curiae*”, que se mostrará um portador,

¹⁵⁴ Artigo 266 do CPC português:

“1. Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.

2. O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.

3. As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 519.º.

4. Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo.”

por excelência, desses elementos, dados, informações, valores e até documentos acima referidos.¹⁵⁵

Note-se que os valores constitucionais influenciam vários ramos do direito concomitantemente, pelo que se pode falar em “busca pela verdade real” também no processo civil (e administrativo), e não só no processo penal.

Observando-se um contraditório pleno, mister se faz prezar por uma cognição exauriente (pela qual o magistrado utilizará o tempo que entender necessário para convencer-se dos fatos a serem julgados). Mais uma vez cabe aí falar no “*amicus curiae*”, que contribuirá de forma contundente à cognição exauriente do magistrado.

Quanto às decisões proferidas pela Corte Constitucional, mister se faz esclarecer a importância do “*amicus curiae*” para que se diminuam os riscos de uma decisão distante dos anseios sociais, já que tais decisões sequer sofrem o controle democrático¹⁵⁶.

Em se assegurando a participação do “*amicus curie*”, seja para se possibilitar a representação dos anseios da sociedade e do Estado (auxiliando o julgador a se aproximar dos valores sociais da época quando de sua atividade jurisdicional), seja

¹⁵⁵ A presença desse princípio no direito processual alemão mais recente é inequívoca, já que alarga, cada vez mais, os poderes do magistrado no que tange à iniciativa probatória. Sobre o assunto, cabe ressaltar os dispositivos legais § 139 e § 142 do ZPO.

Pelo primeiro dispositivo legal acima citado, o juiz alemão não poderá fundamentar sua decisão em questão estranha às partes, pelas mesmas reputado como irrelevante, ou pelas mesmas analisado de modo diferente, sem que lhes tenha dado, previamente, a oportunidade de manifestação. Logo, se o juiz pretender solucionar um litígio com fulcro em um ponto de vista que não tenha sido objeto de análise prévia das partes, as mesmas terão a oportunidade de manifestação anterior, possibilitando, assim, uma certa e possível influencia na última conclusão do juiz.

Sobre o dispositivo citado (§142, alíneas 1ª e 2ª), tem-se que procurou “o legislador em assegurar que seja o mais completo possível o material probatório necessário para formação do convencimento do julgador”, o qual poderá até determinar a apresentação de documentos aos terceiros, quando tais documentos estejam em seu poder. (Cfr. MOREIRA, José Carlos Barbosa, “Breve Notícia sobre a Reforma do Processo Civil Alemão”. Revista de Processo, V. 111. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pág. 103/112).

¹⁵⁶ Controle democrático esse que incide sobre o Poder Executivo e Legislativo (cujos membros são eleitos com base na soberania popular, o que não ocorre com os membros do judiciário).

para legitimar as decisões que terão efeitos vinculantes ou meramente persuasivos¹⁵⁷ de demandas em andamento, suspensas, ou futuras, estar-se-á proporcionando um contraditório institucional almejado pelo modelo constitucional de processo.

5.7. Dos benefícios oriundos da aceitação do “*amicus curiae*”

Quando um fenômeno jurídico considera os fatores não jurídicos envolvidos, os valores, as “vozes plurais” da sociedade e do Estado, aproximando o juiz dos cidadãos e do próprio Estado que representa, inequivocamente proporcionará uma aplicação do direito mais adequada, justa e duradoura.¹⁵⁸

A oitiva do “*amicus curiae*” enseja uma fundamentação pluralista das decisões, o que é de suma importância na medida em que as decisões hoje têm, cada vez mais, influência em decisões futuras, seja por que possuem efeitos vinculantes, seja porque possuem, quando menos, um efeito meramente persuasivo¹⁵⁹.

Nesses casos, de vinculação de decisão precedente, ou de efeito persuasivo (de definição prévia de teses jurídicas, por exemplo), haverá, numa balança os pesos da previsibilidade, da segurança jurídica e da igualdade contra o peso do contraditório e da ampla defesa (em que se pergunte: como poderá um indivíduo ser atingido por uma decisão proferida em um processo em que sequer participou?).

Daí conclui-se que o tão conhecido “direito a uma decisão judicial em prazo

¹⁵⁷ Como no caso do artigo 48 do CPTA.

¹⁵⁸ Analisando a experiência do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade americano e elogiando-a, acrescenta MAURO CAPPELLETTI que “a atividade de interpretação e de atuação da norma constitucional não é absolutamente uma atividade a que possa, sempre, julgar-se preparado sobretudo o juiz ‘de carreira’, amadurecido nas salas fechadas dos tribunais onde, dos tumultuosos acontecimentos e das exigências que prorrompem da sociedade, não entram, com frequência, senão os ecos atenuados”. (CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis do Direito Comparado*, Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves, 2ª edição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. pág. 89)

¹⁵⁹ Como é o caso, por exemplo, dos instrumentos dos artigos 48 e 161 do CPTA.

razoável e mediante um processo equitativo”, o “direito geral à proteção jurídica” e o “acesso à justiça de forma célere e eficaz” devem ser interpretados como uma produção de maiores resultados em um menor interregno possível, sem atingir a segurança jurídica necessária e o contraditório (protegido com a atuação do “*amicus curiae*”).

Nessa oportunidade, cabe aludir o caso dos artigos 48 e 161 do CPTA português, em que poderá haver a extensão dos efeitos de uma sentença em outros processos, sem que as partes desses últimos tenham sequer intervindo no processo modelo (em que foi proferida a aludida sentença). Diz-se isso porque, caso não se opte por um efeito vinculante, haverá, quando menos, um efeito persuasivo, na medida em que a legislação prevê a participação de todos os juízes no julgamento do processo modelo (sendo, assim, provável, que o juiz que julgará os processos suspensos, julgue-os na mesma esteira de raciocínio).

6. CONCLUSÃO

Em razão dos motivos expostos no presente trabalho, é que se revela o crescente interesse pelo estudo desse tema atual e a sua importância para o movimento de universalização de acesso à justiça, em face da inequívoca necessidade hodierna de se encontrarem instrumentos capazes de solucionar um número crescente de demandas de massa.

O período de alterações legais ainda não tem termo final. Hoje, a normatização alusiva às demandas administrativas de massa está no vértice das necessárias transformações do sistema processual civil brasileiro, bem como é tema de grande importância no contencioso administrativo português.

Os institutos clássicos do contencioso administrativo português e do processo civil brasileiro foram concebidos para resolver tensões de natureza individualista¹⁶⁰ e

¹⁶⁰ Situação essa mais agravada no sistema brasileiro, já que sua lógica é coletiva.

estão calcados em desnecessários formalismos, demonstrando, com isso, graves limitações à garantia da efetividade do processo e, conseqüentemente, a um acesso efetivo e democrático à justiça. Daí os motivos da criação dos mecanismos referentes às demandas de massa ora em estudo.

Assim, as reformas processuais exurgidas para atender às demandas de massa mostram-se como um resultado atual da natural evolução da ciência processual no afã de tratar adequadamente os conflitos provenientes da sociedade economicamente massificada. Correspondem a uma verdadeira vocação natural das normas processuais (enquanto ciência que deve acompanhar as vicissitudes sociais).

Ditas normas mostram-se aptas a atender as demandas que emergem nos novos tempos, correspondendo, portanto, a um instrumento de ingente importância para assegurar aos cidadãos um efetivo e amplo acesso à justiça.

Veja-se que as normas limitativas referentes às demandas de massa não só são legítimas (e não ofendem o acesso à jurisdição, como pensam alguns) como são as mesmas normas que proporcionam o efetivo acesso à justiça, na medida em que permitem um acesso jurisdicional mais eficaz e célere ao maior número de cidadãos (que estão em busca de reparação dos seus diversos direitos ditos violados).¹⁶¹

¹⁶¹ As normas referentes às demandas de massa referidas no presente estudo, quando aparentemente limitativas do direito de ação, são legítimas, pois não se verificou nenhum desequilíbrio inaceitável. Todavia, deve-se sempre procurar contrabalancear para proporcionar-se o máximo de acesso à justiça, contraditório e ampla defesa possível, como se faz no Brasil com a utilização da figura do *amicus curiae*.

Segundo JORGE REIS NOVAIS “Isso não significa, note-se, uma identificação directa entre a judiciabilidade que deriva da consistência jurídica de uma dada posição subjectiva jusfundamental e a sua imediata accionabilidade. É que esta última é, ainda, juridicamente condicionada pelas restrições ou condicionamentos considerados admissíveis, em Estado de direito, ao direito fundamental ao acesso ao direito e aos tribunais para tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos, bem como, concretamente, pela verificação da existência, como pressuposto da accionabilidade, de uma afectação desvantajosa relevante dos interesses individuais jusfundamentais por parte do Estado.” (NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Editora Coimbra, junho de 2003, pág. 116).

A despeito dos grandes benefícios proporcionados pelas reformas processuais alusivas às demandas de massa, com normas-instrumento hábeis a proporcionar um acesso à justiça efetivo, inequívoco é que o sistema atual não é uma obra perfeita e acabada. Muito ainda há por vir, tanto no ordenamento jurídico português, como no brasileiro¹⁶².

Assim, tem-se que grandes esforços, por parte da comunidade jurídica, estão por vir e merecem serem acolhidas (se legítimas, obviamente), tudo no afã de eliminar as deficiências da ciência processual em face do avanço e da aceleração geométrica da sociedade moderna, o que reforça a urgência e a importância do estudo da matéria objeto do presente trabalho.

Do cotejo entre os instrumentos de demandas de massa (e respectivas características) portugueses e brasileiros, tem-se que há vários pontos de interseção, mas também há inúmeros pontos de diferenças. Grande parte dessa

¹⁶²O Jurisconsulto em tela ainda elucida que “Cabe tratar de como a dimensão objetiva é capaz de ser atingida por uma restrição, caracterizando-se uma restrição a um direito fundamental, bem como também cabe tratar da medida em que é possível (e até onde o é) **dita dimensão mostrar-se como meio de legitimação de restrições a direitos fundamentais**” (NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Editora Coimbra. Coimbra, 2003. Pág. 67). (exemplificativamente: as normas referentes aos instrumentos de demandas de massa tratados no presente trabalho são limitações legitimadas pela dimensão objetiva do direito fundamental de acesso à justiça).

No caso do Brasil, além de novas mudanças legislativas, ainda se espera por uma codificação de um “processo civil de massas” que unifique as inúmeras e dispersas espécies normativas que atendem aos litígios de massa. Tais dispositivos dispersos merecem um tratamento próprio, com dogmática própria, para que se possa racionalizar o julgamento desses inúmeros casos repetitivos. Nessa oportunidade, cabe ressaltar que Portugal é bem mais avançado nesse aspecto, o que se observa com o Regime Processual Civil experimental hoje em vigor. Aqui também cabe salientar que no mês de junho de 2010 foi apresentado ao Senado anteprojeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. A boa inovação proposta pela comissão de juristas responsáveis (autores do aludido anteprojeto) é um instrumento chamado **incidente de resolução de demandas**. Tal incidente tem o desígnio de atingir os processos cujo tema se repete em muitas de demandas judiciais pelo País (como, por exemplo, o caso dos planos econômicos, ainda hoje discutidos no Poder Judiciário). De acordo com os termos do anteprojeto em tela, o juiz, a defensoria pública, o Ministério Público ou as partes podem requerer o incidente. Para tanto, é necessário que haja um número significativo de processos sobre o tema em trâmite. Feito o pleito, o tribunal da região deferirá ou não o incidente. Ao deferi-lo, todas as ações sobre o tema ficam suspensas na região de atuação do tribunal que julgará a questão e terá sua decisão seguida pela primeira instância, necessariamente. Caberá recurso da decisão ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou ao Supremo Tribunal Federal (STF), isso a depender do que se discute no processo.

diferença é oriunda da própria lógica do sistema de cada País.¹⁶³ Assim, tem-se que muito há a fazer, em cada um desses dois países, podendo espelhar-se um no outro, mas sempre respeitando e adaptando-se à sua realidade (e não, simplesmente cingindo-se a efetuar uma mera cópia normativa do outro País).

ABREVIACÕES:

- ADIN – Ação Direita de Inconstitucionalidade
- ADECON – Ação Declaratória de Constitucionalidade
- ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
- CVM – Comissão de Valores Mobiliários
- INPI – Instituto Nacional de Propriedade Privada Industrial
- CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica
- OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
- CPP – Código de Processo Penal
- CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos
- LJCA - Lei Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
- CPC – Código de Processo Civil
- STJ – Superior Tribunal de Justiça
- STF – Supremo Tribunal Federal
- CDC – Código de Defesa do Consumidor
- Ec – Emenda Constitucional
- FDL – Faculdade de Direito de Lisboa
- RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

¹⁶³ O Brasil, com a lógica mais pluralista, coletiva; Já Portugal, com uma lógica mais individual.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Mário Aroso de e AMARAL, Freitas do. *Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo*. 3ª edição. Almedina. Lisboa, 2007.
- ALMEIDA, Mário Aroso de, CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*. 2ª edição revista. Almedina. Coimbra, 2007.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª edição (2ª reimpressão da edição de 2004). Edições Almedina. Coimbra, 2007.
- ANTUNES, Colaço, “O artigo 161º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos: uma complexa simplificação”, in *Caderno de Justiça Administrativa*, n. 43. Lisboa, 2004.
- BEZERRA, Paulo “O Acesso aos Direitos e à Justiça”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 81. Coimbra, 2005, pág. 775 a 796.
- BUENO, Cássio, Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um Terceiro Enigmático*. 2ª edição. Saraiva. São Paulo, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil?”. In: GRAU, Eros Roberto e GERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Malheiros. São Paulo, 2001.
- “A ‘principalização’ da Jurisprudência através da Constituição”, publicado na Revista de Processo, Vol. 98. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2000.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis do Direito Comparado*, Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves, 2ª edição. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1999.
- CONTRERAS, Luis Martín. *La extensión de efectos de las sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa en matéria tributária y de personal*. Granada. XXIII. Comares, 2000.
- CORREIA, J. M. Sérvulo. *Direito do Contencioso Administrativo*. Volume I. Lex. Lisboa, 2005.

----- “Impugnações de Actos Administrativos” in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n. 16, pág. 12. Lisboa, julho e agosto/1999.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 7ª edição. Dialética. São Paulo, 2009.

DIDIER JR., Fredie. “Transformações do recurso extraordinário”, in NERY JR., Nelson; Wambier, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins*. Vol. 10. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. Malheiros. São Paulo, 2005.

FONSECA, Isabel Celeste M., “Violação do Prazo Razoável e Reparação do Dano: Quantas Novidades, mamma mia! (Acórdão do STA – 1ª secção – de 9.10.2008, p.319)”, in *Caderno de Justiça Administrativa*, n. 72, novembro/dezembro 2008.

FUX, Luiz. “Um sonho de Justiça” in *Revista de Processo*. Vol. 90. Revista dos Tribunais. São Paulo, abril/junho de 1998.

GOMES JR., Luiz Manoel. “A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário – EC 45”, in NERY JR., Nelson; Wambier, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins*. Vol. 10. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2006.

GRINNOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do Direito Processual*. Forense Universitária. Rio de Janeiro, 1990.

LAMEIRAS, Luís Filipe Brites. *Comentários ao Regime Processual Experimental*. Almedina. Coimbra, 2007.

LOPES, José Eduardo Oliveira Gonçalves. *O Dever do Juiz de Acesso à Justiça (no âmbito da vinculação do juiz ao direito de acesso ao direito e aos tribunais)*. Relatório de mestrado para a cadeira de Direitos Fundamentais apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (orientador: Dr. Paulo Otero). Lisboa, 2004

LOURENÇO, Paula Meira. “Regime Processual Experimental: Simplificação e Gestão Processual” in *Regime Processual Civil Experimental: Simplificação e Gestão Processual*. Conferência na Faculdade de Direito da Universidade do Porto,

16.10.2007.Cejur (Centro de Estudos Jurídicos do Minho). Minho, 2008, pág. 83 a 97;

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “Recurso Extraordinário e Especial”, in *RPC – Recursos no Processo Civil*. Vol. 3. 9ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. Malheiros. São Paulo, 2000.

MEDINA, José Miguel Garcia et. al. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2005.

MIRANDA, JORGE. “Uma Perspectiva constitucional da reforma do contencioso administrativo” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*. Vol. 5. Almedina. Coimbra, 2003.

-----“Constituição e Processo Civil”, publicado na Revista de Processo, Vol. 98. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, “Breve Notícia sobre a Reforma do Processo Civil Alemão” in *Revista de Processo*, Vol. 111. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2003, pág. 103 a 112.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 4ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997.

NOVAIS, “Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa”. Coimbra Editora. Coimbra, 2004.

——— “As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição”. Coimbra Editora. Coimbra, 2003.

OLIVEIRA, Mário Esteves de, OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. *Código de Processo nos Tribunais Administrativos (comentado)*. Vol. I. Almedina. Coimbra, 2006.

RICARDO, Luís Carvalho. *Regime Processual Experimental Anotado e Comentado*. Cejur (Centro de Estudos Jurídicos do Minho). Minho, 2007.

RODRIGUES, Horário Wanderley. *Acesso à justiça no Direito Brasileiro*. Acadêmica, São Paulo, 1994.

SCARPARO, Eduardo Kochenborger, “O Processo como Instrumento dos Direitos Fundamentais”, in *Revista da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Paraná*, n. 45. Curitiba, 2006, 169 a 186.

SILVA, Vasco Pereira da. “Da Impugnabilidade do Acto Administrativo na Acção Administrativa Especial – A Metamorfose do relacionamento entre Garantias Contenciosas e Administrativas no Novo Processo Administrativo.” Publicado in *Novas e Velhas Andanças do Contencioso Administrativo – Estudos sobre a Reforma do Processo Administrativo*, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2005.

----- “A Justiça Administrativa e Fiscal na Hora Zero da Reforma”, Separata – Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol XLVII – n.os 1 e 2, Coimbra Editora, 2006.

----- *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Almedina. Coimbra, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Forense. Rio de Janeiro, 2005.

TEIXEIRA, Paulo Duarte. “O Poder de Gestão no Processo Experimental” in *Regime Processual Civil Experimental: Simplificação e Gestão Processual*. Conferência na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 16.10.2007. Cejur (Centro de Estudos Jurídicos do Minho). Minho, 2008, pág. 9 a 51;

THEODORO JÚNIOR, Humberto. “A irregularidade da petição recursal não assinada”. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em : <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo50.htm>. Acesso em 23 fev. 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral”, in: Tereza Arruda Alvim Wambier et al. (orgs.), *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2005.

O interesse público e o processo de defesa dos direitos dos particulares: aquisições de uma “infância difícil”?

César Caúla

1. INTRODUÇÃO

1.1. Identificação do tema

1.1.1. O título do trabalho a ser apresentado aponta, em primeiro lugar, para uma preocupação que não deve ser vista como apego ao passado, qual seja, a de que o processo administrativo, mesmo quando voltado primordialmente à defesa dos interesses dos particulares, possa continuar a ter como consequência a defesa da ordem jurídica e do interesse público.

Na verdade, segundo entendo, a defesa do verdadeiro interesse público é mais facilmente realizada por meio de um processo subjetivo, de partes, em que o particular comparece com a pretensão – que não poderia, no mais das vezes, ser outra – de defender seus próprios e egoísticos interesses. E, porque está interessado em seu próprio benefício, acaba por fazê-lo melhor, notadamente quando as normas processuais, estabelecidas de modo adequado, preveem as ferramentas próprias de um processo de partes.

Todavia, não se pode excluir do processo administrativo essa pretensão de colaborar com a integridade da ordem jurídica¹. Do contrário, pouco haveria de diferente relativamente ao processo civil comum, o que seria impróprio, exatamente em razão de no contencioso administrativo sempre se discutir o

¹ VASCO PEREIRA DA SILVA, que se qualifica como “subjectivista ‘cadastrado’ e ‘reincidente’”, não deixa de “defender a função objectiva do Contencioso Administrativo (por a entender fundamental, numa Justiça Administrativa de Estado de Direito, ainda que não deva ser exclusiva, nem sequer dominante)” (cfr. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise*, p. 424 e *passim*).

interesse público, de natureza essencialmente distinta daqueles próprios dos particulares.

1.1.2. Como se verá mais adiante, estabelecida que esteja, no processo administrativo português (e, de resto, por toda a parte, dados os recentes progressos estabelecidos nas ordens jurídicas dos países de contencioso administrativo de matriz francesa), a preponderância da feição subjetiva do processo administrativo, notadamente com a edição do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA²), não se deve abrir mão por completo de institutos de cariz nitidamente objetivista, alguns inclusive provenientes do direito vigente em Portugal antes de 2004 ou influenciados por ele.

Na verdade, o que se deve encontrar, em um processo administrativo adequado ao Estado de Direito, é a justa medida entre os instrumentos subjetivistas e objetivistas de processo administrativo.

1.1.3. O objetivo da pesquisa, então, é tentar surpreender, no CPTA, institutos que, tendo embora alguma vinculação com o passado (e mais adiante direi quais os parâmetros que utilizei para a identificação dos “suspeitos” a serem analisados), acabem por se revelar adequados a alguns dos desafios do direito administrativo contemporâneo. Por isso usei essa imagem da “infância difícil”, cunhada por VASCO PEREIRA DA SILVA³. É que, da “infância difícil” certamente advêm traumas que devem ser identificados, compreendidos, enfrentados e superados. Mas, da perspectiva otimista deste trabalho, a “infância difícil” também pode permitir alguns benefícios, notadamente pelo surgimento de mecanismos de defesa e de desenvolvimento que talvez apenas as dificuldades justificariam.

1.2. Delimitação do estudo

1.2.1. Não pretendo fazer uma identificação exaustiva de todos os institutos do CPTA que podem vir a ter alguma radicação, direta ou reflexa, no ordenamento anterior. Seria uma tarefa excessiva. Optei, então, por identificar apenas algumas

² Sigla utilizada para designar a referida Lei número 15/2002, de 22 de Fevereiro.

³ *O contencioso administrativo...*, *passim*.

possíveis figuras (sem prejuízo de que, ao longo do trabalho, termine por concluir seja por demais tênue sua vinculação com o passado).

1.2.2. Devo, então, confessar que utilizei, na escolha, um primeiro parâmetro que é marcadamente de interesse pessoal. Procurei pinçar, entre os candidatos possíveis, alguns que mais impressionavam a visão brasileira acerca do processo administrativo português. Esse é um exercício interessante exatamente porque, a grosso modo, pode-se dizer que os sistemas jurídicos, neste tema, partiram de pontos muito distantes (quase opostos) e vão se encaminhando para o mesmo destino.

O direito brasileiro, a despeito de alguma tentativa de imposição de um modelo francês de contencioso administrativo em meados do século XIX (como noticia SÉRVULO CORREIA⁴), sempre observou um processo de jurisdição independente, una, plena e subjetiva. A despeito disso, ao longo do tempo, vêm sendo estabelecidas numerosas regras movidas pela necessidade ou conveniência da adequação do processo civil a algumas particularidades dos processos que envolvem a Administração. E é necessário reconhecer que muitas vezes a ênfase é dada em métodos de garantia da Administração, mais do que em instrumentos destinados a uma mais efetiva prevalência do interesse público e dos deveres e obrigações próprios do Estado.

Já Portugal (e os muitos outros países que seguiram a escola francesa) começou por estabelecer um contencioso interno à Administração, limitado, objetivo e distinto do juízo comum. Fez-se, porém, quase milagrosamente como observa VASCO PEREIRA DA SILVA⁵, o caminho inverso: de uma especialidade voltada a proteger o Poder⁶, o contencioso administrativo transformou-se em um contencioso externo à Administração, pleno, subjetivo e verdadeiramente jurisdicional⁷.

⁴ Cfr. *Direito do Contencioso Administrativo*, páginas 196-197.

⁵ *O contencioso...*, página 53.

⁶ Antes ainda o próprio direito administrativo pretendia preservar uma ampla liberdade de atuação em favor da Administração (cfr. ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *Para um contencioso administrativo de garantia do cidadão e da Administração - tradição e reforma*. Páginas 52-53.)

⁷ Mantendo-se, porém, em Portugal, distinto da organização judiciária central.

Os institutos que irei analisar foram escolhidos, assim, por força de uma comparação com alguns problemas que podem ser identificados, em maior ou menor medida, no processo civil brasileiro aplicado à Administração. A ideia é perceber se tais figuras seriam válidas para enfrentar essas dificuldades.

Essa comparação não é só possível como válida. Parece-me que não há nenhum inconveniente (e mais, há muito de conveniência) na comparação de um sistema de contencioso administrativo propriamente dito (como é o português) e um sistema de especialização administrativa do processo civil comum (caso brasileiro).

O cotejo é valioso nos dois sentidos, isto é, tanto do ponto de vista de uma antevisão pelos portugueses dos efeitos de alguns institutos processuais marcadamente subjetivistas para discussão de matéria administrativa⁸, quanto da perspectiva brasileira relativamente a potencialidades de especializações e, mais ainda, de instrumentos de gênese objetivista, supostamente voltados, em primeira linha, à defesa do interesse público e da ordem jurídica.

É mesmo instigante a comparação, mormente quando se relembra⁹ que o sistema brasileiro é marcado pela conjugação, por mais de uma centena de anos, de um Direito Administrativo substantivo de matriz francesa, com formas típicas de atuação da Administração Pública, e um Direito Processual em que se veem, competência comum também para o trato das questões de direito público, um amplo poder de injunção atribuído ao Judiciário e intensa intercomunicação¹⁰ entre meios exclusivos de contencioso administrativo e instrumentos de direito processual comum.

E ainda quando se anota que a experiência brasileira parece apontar para a possibilidade de uma válida convivência, no processo, entre a função assecuratória dos direitos individuais (subjetivista) e a tarefa de proteção dos interesses gerais da coletividade (objetivista)¹¹.

Para finalizar, relativamente às potencialidades da comparação, é de se

⁸ Cfr. CORREIA, J. M. Sérulo. *Direito do Contencioso Administrativo*, páginas 195-196 e *passim*.

⁹ Cfr. CORREIA, J. M. Sérulo. *Direito do Contencioso Administrativo*, páginas 195-196 e *passim*.

¹⁰ *Idem*, página 280.

¹¹ *Idem*, p. 198.

anotar um aspecto instigante na evolução dos sistemas e nos resultados vivenciados na contemporaneidade: os diferentes “ritmos” de evolução do processo e da doutrina respectiva.

No Brasil, como se disse, desde cedo se submeteu o Poder Público ao controle judicial, em moldes processuais¹² semelhantes aos utilizados para a apreciação judicial de conflitos entre particulares. Isso conduziu, certamente, a que, de início, fosse percebida uma maior viabilidade de discussão judicial dos comportamentos administrativos. Para isso contribuiu a jurisdição una, de processo comum. Todavia, como consequência disso, os tribunais e a doutrina mantiveram-se, por longo tempo, excessivamente desatentos às especialidades que seriam justificadas pela presença do interesse público na lide. Essa indiferenciação fez com que houvesse retardo na compreensão da existência de um sistema processual específico¹³ (ainda em formação, na verdade) e, em consequência, no desenvolvimento de um direito processual público adequado não para as características bilaterais do conflito civil tradicional¹⁴, mas sim para as peculiaridades da atuação administrativa contemporânea.

Já em Portugal, o fato de se haver optado por um contencioso administrativo inicialmente deficitário quanto à proteção dos interesses privados, a despeito de suas óbvias desvantagens, resultou em uma lenta elaboração de um sistema processual que, adotando agora feições subjetivistas, já se encontrava cientificamente desenvolvido em suas especialidades.

1.2.3. O segundo parâmetro para a escolha tem relação às características do direito administrativo contemporâneo.

Assim, a análise terá em conta instrumentos ou mecanismos que se revelem especialmente adequados ao enfrentamento de dificuldades que são comuns, em maior ou menor medida, aos ordenamentos jurídicos em geral, porque decorrentes ou exacerbados pelas características da Administração Pública contemporânea.

¹² Ainda que tenham sido estabelecidos, ao longo do tempo, do ponto de vista material, algumas salvaguardas em benefício da Administração, de maior ou menor justificação teórica.

¹³ Cfr. BUENO, Cassio Scarpinella. “A emergência do Direito Processual Público”. Página 31.

¹⁴ *Idem*, p. 33.

1.2.4. O terceiro e principal parâmetro é essa vinculação dos instrumentos a serem referidos com o direito do contencioso anterior à edição do CPTA. Vou explicar melhor essa seleção depois, quando iniciar a parte principal do trabalho. Por ora, adianto apenas que os instrumentos não são apenas aqueles que existiam antes do CPTA (o que seria uma visão empobrecedora), envolvendo também instrumentos trazidos pelo CPTA, mas que, por algum dos motivos que indicarei, eu identifico com a infância difícil do contencioso administrativo.

1.2.5. Por força de tudo isso, o caminho escolhido se inicia por uma breve comparação entre os modelos objetivo e subjetivo de contencioso administrativo, que tem por finalidade apenas permitir a compreensão das razões de escolha de alguns dos institutos comentados.

Em seguida, de modo igualmente rápido, referirei a características da Administração contemporânea que implicam as dificuldades de que o trabalho tratará.

Por fim, chegado a cada um dos institutos escolhidos, darei breve notícia de suas características mais gerais, identificarei o fundamento de ter sido aprioristicamente vinculado à “infância difícil” do contencioso administrativo e mencionarei o ponto que se entendeu mais interessante para o observador brasileiro, referindo-me a alguma controvérsia respectiva, quando isso for relevante para a máxima eficácia do instituto como ferramenta de solução de problemas.

Fica, desde já, marcada a ideia de que o processo deve ser encarado como isso: um instrumento de resolução de problemas, o qual deve ser adequado ao objeto sobre que incide, fato que conduz a que não sejam de estranhar as muitas especificidades de um direito processual voltado ao tratamento de lides que envolvem o interesse público e que necessariamente contam com a participação de um ser tão complexo (e cada vez mais complexo) como é o Estado.

2. O INTERESSE PÚBLICO E O PROCESSO ADMINISTRATIVO

2.1. Tem razão COLAÇO ANTUNES¹⁵ quando aponta para um certo “*esquecimento do interesse público*”, fenômeno que pode ser percebido em diferentes culturas jurídicas.

Contudo, também em sede de contencioso administrativo, não se pode olvidar a presença do interesse público, porque é ele o principal fator a justificar as especialidades desse processo. A acertada subjetivização do contencioso administrativo não pode ser compreendida como tendente à redução dos conflitos àquelas características próprias das relações entre privados.

O processo civil, pensado e desenvolvido sob uma ótica dos conflitos privados, de feição preponderantemente bilateral, não é apto ao enfrentamento dos problemas advindos da atuação administrativa. Pensar o contrário implicaria que nenhuma razão existisse para a previsão legislativa e o estudo doutrinário de um processo especificamente dirigido à Administração.

Todavia, é necessário de logo advertir, que a importância do interesse público não pode ser levada até o ponto de se justificar como algo similar a uma “cláusula geral de restrição”¹⁶, o que implicaria a viabilidade de uma Administração agressiva e autoritária que não se apresenta coerente com o grau de desenvolvimento social atingido¹⁷, com os princípios democrático e da reserva de lei¹⁸ e, principalmente, com a ênfase com que se asseguram os direitos fundamentais¹⁹ e a proteção à dignidade da pessoa humana nas diversas ordens constitucionais de hoje.

¹⁵ “O esquecimento do interesse público no direito administrativo”, página 15.

¹⁶ Cfr. SCHIER, Paulo Ricardo. “Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais”, p. 218 e *passim*.

¹⁷ Cfr. ARAGÃO, Alexandre Santos de. “A ‘supremacia do interesse público’ no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público contemporâneo”, p. 4

¹⁸ Cfr. SARMENTO, Daniel. “Interesses públicos...”, p. 96.

¹⁹ GUSTAVO BINENBOJM (“Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo”, p. 166), a propósito, qualifica de “visceral” a incompatibilidade entre a ideia de uma supremacia do interesse público e a sistemática constitucional dos direitos fundamentais.

2.2. A despeito da relevância de tal aspecto, não se tem a pretensão, neste item, de esmiuçar o que poderia ser qualificado como “interesse público” ou do modo como poderia ser ele identificado em um caso concreto. Mesmo porque há, como observa ODETE MEDAUAR²⁰, uma “situação de heterogeneidade” relativamente ao interesse público, em face de existir uma “impossibilidade de rigidez na prefixação do interesse público”, admitindo-se, então, que haveria uma “crise²¹ na [...] objetividade” do instituto.

Parece-me, outrossim, que tenha razão HUMBERTO ÁVILA²² quando, valendo-se de lição de PETER HÄBERLE, aduz ser “*questionável se ‘o’ interesse público pode ser descrito objetivamente*”. A afirmação do professor gaúcho decorre da percepção de que o interesse público se relaciona com normas de diferentes objetos e finalidades (v.g., normas de competência e direitos fundamentais), realiza-se por meio de procedimentos diversos e, finalmente, que se prende a um “*permanente processo diacrônico de compreensão do Estado*”.

Apenas uma referência breve se fará sobre o tema, entendendo-se seja a mesma suficiente para justificar as assertivas feitas ao longo do trabalho quanto à imprescindibilidade de um contencioso administrativo adequado à circunstância da presença do interesse público.

Na realidade, ao fazer referência ao “interesse público” não tenho em mente qualquer conjunto homogêneo ou uma unilateral vontade geral. Penso, todavia, que a aplicação do direito deve levar em conta a existência de interesses comunitários, a necessidade de busca de objetivos comuns, a imprescindibilidade de respeito à esfera individual garantida pelos direitos fundamentais, a função protetiva do Estado, entre outros aspectos.

É, então, exatamente a partir da compreensão de algumas das feições mais elementares do Estado de Direito que se poderia chamar atenção para certos aspectos que devem impregnar o processo administrativo, influenciando sua aplicação de modo geral.

²⁰ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. RT. São Paulo, 1992. Páginas 181-182.

²¹ Também se referindo a essa crise, ver SARMENTO, Daniel. “Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional”, p. 27.

²² Cfr. “Repensando o ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o particular’”, p. 189-190.

O Estado existe, antes de mais, porque os homens convivem. Enfatize-se, por pertinente, que os homens não simplesmente coexistem em um dado espaço físico e temporal, mas sim convivem, na acepção de que compartilham, em maior ou menor grau, um destino comum. A síntese aqui pode ser obtida em ARISTÓTELES²³: “*não é apenas para viver juntos, mas, sim, para bem viver juntos que se fez o Estado*”. E essa ideia deve iluminar a compreensão de toda a atividade do Estado, de todos os elementos que o compõem ou qualificam e, também, do sistema processual destinado ao exame das lides em que se envolve.

A existência do Estado implica o manejo do Poder, que depende das normas jurídicas ou antes as implica, a depender do ponto de vista. É essencial que o Estado não deixe de exercer o poder (e as correlatas responsabilidades), sob pena de haver prejuízo à comunidade. Nesse ponto específico, é importante destacar a importância da legalidade. É essencial à convivência pacífica e ao desenvolvimento social que se atribua valor à legalidade, aqui compreendida não como mero apego à lei, mas sim como uma submissão ao Direito.

É possível entender que, além da previsibilidade da atuação do Poder Público, a ideia de Estado de Direito sempre teve em seu projeto a eliminação do arbítrio²⁴. Evidente, ainda, que, ao exigir uma atuação estatal vinculada à prévia estipulação pela lei, o Estado de Direito se dirige²⁵ para a igualdade e a impessoalidade. Dele não se espera a atribuição de direitos como resultado de privilégios ou a imposição de agravos como fruto de perseguição, ou seja, a desigualação sem motivo, positiva ou negativa. O cidadão deve previamente saber o que esperar, de prestações ou constrangimentos, por parte do aparelho estatal.

Penso não seja possível uma definição *a priori* de quais seriam os interesses públicos²⁶ a serem perseguidos pelo Estado. Para isso, a lei, observados os limites

²³ Cfr. GARCIA, Emerson. “Dignidade da pessoa humana: referenciais metodológicos e regime jurídico”. Página 89.

²⁴ Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, página 47.

²⁵ Tende a esses resultados, mas evidentemente não os pode assegurar como resultado puro e simples de sua estrutura. Apenas se tem a pretensão de conduzir a tal consequência, todavia não se a pode assegurar.

²⁶ Por isso, HUMBERTO ÁVILA assevera que o “interesse público” finda por carecer de “significado autônomo” (Repensando..., p. 199) e que não passa “de um dogma até hoje descrito sem qualquer referibilidade na Constituição brasileira” (idem, p. 202). Anoto, contudo, que a ideia de existência de um “interesse público” longe está de carecer de importância explicativa como expressão de síntese.

constitucionais, desempenha papel fundamental. Ao legislador compete²⁷, sob a moldura descrita pela Constituição, eleger as específicas necessidades e aspirações coletivas a concretizar, alçando-as a componentes do interesse público.

Ao lado disso, em Estado de Direito, o exercício do Poder, com vistas principalmente a evitar o arbítrio, é contido por meio da ferramenta estrutural da divisão de poderes. Sem divisão de poderes simplesmente não há Estado de Direito, Constituição²⁸ ou mesmo garantia efetiva dos direitos fundamentais²⁹. A garantia dos direitos por meio da jurisdição, à qual também o Poder Público se submete, é, para o que importa neste trabalho, essencial.

De todas essas considerações, quero fazer resultar a conclusão de que o processo administrativo não se pode contentar com a simples atribuição do direito ao seu titular. Isso é muito, mas não é tudo. A integridade do ordenamento jurídico e a prevalência da legalidade devem ser, mesmo, especiais objetivos do sistema, de modo acrescido quando cotejado com o processo civil comum. E, mais do que isso, o processo deve ser vivenciado com uma abertura coerente a tais desideratos, especializando-se em razão deles.

2.3. Outro modesto objetivo deste item é enfatizar que não se pode confundir “interesse público” e “interesse da Administração” (talvez dizendo melhor: do administrador)³⁰. Quando se diz que o processo deve ser adequado para tratar de questões afetas ao interesse público não se quer com isso significar a estipulação de qualquer espécie de privilégio em favor do ente público, apenas por ser quem é³¹.

²⁷ Cfr. ANTUNES, Luís Filipe Colaço. “O esquecimento...”, p. 43.

²⁸ Conforme, aliás, já se via no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “Uma sociedade em que não estejam asseguradas as garantias dos direitos e não esteja determinada a separação dos poderes carece de constituição”.

²⁹ Cfr. GUASTINI, Riccardo. “Problemas dogmáticos de los derechos fundamentales en la Constitución italiana”, página 669.

³⁰ Para o que é oportuna a distinção feita entre interesses públicos primários e secundários (cfr. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. Páginas 54-58).

³¹ Ainda que me pareça ser evidente que, tal como ocorre com algumas classes de particulares em algumas dadas situações específicas, seja justificável a previsão de normas especiais decorrentes das características estruturais da Administração Pública. Assim, por exemplo, questões relacionadas a modos de comunicação processual específicos ou à contagem de prazos judiciais.

2.4. Penso haja, ainda, a necessidade de referir, diante do que tradicionalmente se produziu na doutrina brasileira, a partir dos valiosos ensinamentos de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO³²⁻³³, quanto ao assim denominado “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”, que exatamente em razão da compreensão da importância que se deve atribuir à proteção dos direitos fundamentais (mas não apenas por isso), com muita reserva se deve observar a ideia subjacente a tal “princípio”.

Na realidade, os interesses público e privado não estão principialmente em conflito, fato que já determina não se possa cogitar de uma regra de prevalência de um sobre o outro. Efetivamente, não me parece seja irrazoável a ponderação de que o cumprimento de um interesse privado conforme a lei atende, completamente, ao interesse público, ainda mais quando considerada a salvaguarda dos direitos fundamentais³⁴.

Nem se poderia aduzir, com vistas a tentar uma “salvação” para a ideia que o primeiro “interesse público” a prevalecer seria a garantia dos direitos fundamentais e que, por isso, ao se assegurar aqueles contra a Administração se estaria atendendo ao interesse público primário. Esse pensamento é insatisfatório por sua circularidade, que o reduz a uma total imprestabilidade, se visto sob esse prisma.

Pela mesma razão, o fato de o próprio CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO³⁵ afirmar que os critérios de prevalência do interesse público devem ser adquiridos por meio da análise da Constituição e das normas legais não é suficiente para esclarecer o ponto em exame.

³² Deve ser vista como homenagem ao autor, por exemplo, o fato de haver sido editado, com a colaboração de importantes nomes da doutrina juspublicista brasileira contemporânea, livro intitulado *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, que aqui se tomou como base de reflexões.

³³ Sobre o tema específico, ver MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, páginas 48-83

³⁴ Parece ser esse o sentido da seguinte afirmação de PETER HÄBERLE (*Öffentliches Interesse alíneas juristisches Problem*. Bad Homburg, Athenäum, 1970, p. 719. **Apud** ÁVILA, Humberto. “Repensando...”, p. 190: “Exagerando: o interesse privado é um ponto de vista que faz parte do conteúdo de bem comum da Constituição.”

³⁵ *Curso de Direito Administrativo*, página 57.

Conclui-se, porém, e isso é o que é importante para este trabalho, dever-se atribuir grande importância às disposições legais e constitucionais que terminam por explicar e concretizar o interesse público, sendo juridicamente decisivas³⁶.

Evidente que, em determinadas situações, em face de um conflito concreto, o interesse visto como público possa prevalecer relativamente ao interesse privado³⁷. Isso, contudo, não pode ser visto como decorrente de uma posição hierárquica superior³⁸ daquele em relação a este.

Calha, a propósito, observar que essa ideia de que haveria uma prevalência do interesse público sobre o privado enferma, também, de uma visão bipolar da atuação administrativa, a contrapor simplesmente Estado e cidadão. Essa perspectiva, contudo, não se amolda às características do Estado contemporâneo, de uma Administração que há muito teve de deixar de ser “agressiva” para ser “prestadora” e “infraestrutural” e que diversificou radicalmente seu modo de atuação (descentralização, contratualização, terceirização, cooperação).

3. MODELOS OBJETIVO E SUBJETIVO DE JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA

3.1. Indicação dos modelos

Tradicionalmente, o contencioso administrativo terminou por ser classificado, segundo a natureza da questão trazida a juízo, em contencioso objetivo e contencioso subjetivo. De acordo com a distinção principal, o primeiro resolvia apenas questões de legalidade, enquanto o segundo tinha em conta as situações jurídicas dos particulares. As distinções, contudo, embora partindo daí, a tanto não se limitam. Para a compreensão de algumas conclusões deste trabalho, convém, então, fazer uma brevíssima referência comparativa entre um e outro modelo.

³⁶ Cfr. ÁVILA, Humberto, “Repensando...”, p. 198.

³⁷ Cfr. ÁVILA, Humberto. “Repensando...”, p. 195, com base na lição de PETER HÄBERLE.

³⁸ Cfr. SCHIER, Paulo Ricardo. “Ensaio...”, p. 233.

3.2. Modelo objetivo

As notas características do modelo objetivo não serão tratadas mais desenvolvidamente, porque tal é desnecessário às finalidades do estudo. Bastante é dizer que (a) tem como finalidade a garantia da legalidade e a prossecução do interesse público, comparecendo o particular como um colaborador da Administração; (b) o controle é feito por um órgão interno à Administração, no máximo dotado de alguma independência, mas sempre com uma vinculação íntima com o Poder, justificando-se isso, inclusive, para seus defensores, com o argumento de que tal implicaria uma maior eficácia do sistema; (c) a Administração não comparece como parte, mas na condição de autoridade recorrida, chamada a colaborar com uma autoridade superior para o aperfeiçoamento da atividade administrativa; (d) o objeto do processo seria o exercício do poder, de maneira que a causa de pedir seria sempre ampla o suficiente para que, em cada caso, se pudesse fazer o exame de todas as normas e fatos envolvidos, utilizando-se, ainda, todos os critérios de decisão que estariam disponíveis para a Administração; (e) o julgador se limitaria a declarar o ato inexistente ou nulo, não impondo condenação ao poder público; (f) considerando a finalidade de recomposição da ordem jurídica violada e de aperfeiçoamento da Administração, a decisão teria eficácia *erga omnes*; (g) em face da natureza interna do controle, não seriam previstos métodos executórios ou de coação, mesmo porque nem mesmo se conceberia a possibilidade de incumprimento daquela medida de aperfeiçoamento (o que a prática, claro, não confirmava); (h) a atuação do contencioso administrativo figuraria numa linha de continuidade relativamente ao agir da Administração, daí a razão de se conceber a figura de um recurso de anulação e de, por exemplo, restringir-se a prova passível de ser produzida, valorizando-se excessivamente o conteúdo do procedimento administrativo.

3.3. *Modelo subjetivo*

Em contraposição ao modelo anteriormente explicado, o contencioso de cunho subjetivo pode ter apontadas as seguintes características: (a) tem como finalidade primeira a tutela dos direitos dos particulares, apenas reflexamente realizando um controle da legalidade; (b) necessariamente o controle deve ser realizado por uma entidade jurisdicional independente da Administração; (c) no processo subjetivo, particular e Administração são partes, que comparecem perante um juiz imparcial; (d) o objeto do processo seria o direito substantivo afirmado, de modo que o ato administrativo seria sindicado com adstrição às pretensões deduzidas pelo particular e na medida da lesão alegada; (e) como o objeto do processo não é apenas o ato administrativo, os efeitos da tutela vão além da simples anulação, de maneira que impõem a satisfação integral do direito violado e moldam o comportamento futuro da Administração quanto à concreta lide; (f) os limites da coisa julgada (ou do caso julgado, como aqui se chama), em regra não vão além dos litigantes em cada demanda; (g) há métodos de imposição do cumprimento da sentença similares aos do processo comum; (h) o controle judicial se apresenta em momento posterior à atuação administrativa, situada num plano distinto.

4. SITUAÇÃO PORTUGUESA

4.1. *A verdadeira discussão atual*

Como se sabe, o sistema objetivo puro foi sendo progressivamente abandonado mesmo pelos ordenamentos que tinham profunda inspiração francesa. A questão que hoje se coloca, em Portugal ou no Brasil, não mais é a discussão entre um ou outro modelo, mas sim o estabelecimento, no grau mais adequado possível, de mecanismos de natureza objetiva em um processo predominantemente subjetivo³⁹.

³⁹ A afirmação de que “na miscigenação dos modelos (*objectivista e subjectivista*)” estaria “a melhor solução para a justiça administrativa portuguesa”, lido na obra de LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES

É verdadeiro que o contencioso administrativo deva atender à necessidade de proteção dos interesses individuais, mas não possa renunciar ao que SÉRVULO CORREIA⁴⁰ denomina de *“papel de auto-regeneração do ordenamento jurídico”*, inclusive em face da incumbência do Poder Judiciário, prevista no artigo 202º, número 2, da Constituição Portuguesa, de *“reprimir a violação da legalidade democrática”*. Isso, contudo, não dá razão a DIOGO FREITAS DO AMARAL e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA⁴¹ para insistirem que *“o novo contencioso administrativo português nem por isso consagra um modelo subjectivista de justiça administrativa”*⁴².

Do outro extremo da comparação que se intenta fazer neste relatório, a questão é também a mesma. Ou seja, em países como o Brasil, em que desde cedo a jurisdição detinha características subjetivas, sendo além do mais de jurisdição prevalentemente una e dotada de um processo civil comum a todas as demandas, a questão é conhecer por meio de quais mecanismos o Poder Judiciário pode contribuir para a integridade da ordem jurídica e para a prossecução do verdadeiro interesse público.

No caso português, parece-me possível dizer que a Constituição pretendeu impor mesmo uma maior subjectivação, para que não houvesse hipótese de se pretender manter a lógica inversa. Isso, porém, não impede, dado o ramo de direito material a que se refere, que o processo do contencioso administrativo guarde peculiaridades “objetivistas”, ou seja, mecanismos específicos decorrentes do material de que trata (relação Poder x Cidadão; interesses públicos).

Claro, porque se assim não fosse, ou seja, se não houvesse tantos aspectos objetivistas a observar, quase se poderia dizer que bastaria um processo civil comum. Para verificar que não basta um processo de defesa dos direitos dos particulares, é bastante observar o exemplo brasileiro (para nem precisar chegar aos mais radicais exemplos inglês ou norteamericano).

(Para um contencioso administrativo de garantia..., p. 13), soa bem ao ouvido brasileiro, tão acostumado ao sincretismo, tido como um patrimônio cultural.

⁴⁰ “Prefácio a Francisco Paes Marques”, página 9.

⁴¹ *Grandes linhas da reforma do contencioso administrativo*, página 18.

⁴² A não ser que se conceda que, ao dizerem isso, os autores estejam pretendendo se referir a um modelo “puro” de justiça administrativa subjectivista.

No Brasil, diante de uma lógica marcadamente subjetivista, mas dirigida a um direito material de inspiração francesa (mas não só), o caminho que se fez é, de certo, inverso ao português. O que ocorreu foi, sem prejuízo da unidade do processo civil e de sua separação do direito material, uma progressiva identificação de instrumentos de diferenciação relativamente às causas em que houvesse discussão envolvendo a denominada Fazenda Pública. Em algumas ocasiões, para outorgar privilégios, em outras para compensar diferenças, em parcela majoritária das ocasiões para proteger o interesse público. A ponto de se identificar, hoje, na doutrina, uma clara especialização do que se tem chamado de “direito processual público”⁴³.

4.2. *Brevíssima nota histórica*

Pareceu-me que seria excessivo pretender fazer, no espaço estreito de um relatório de mestrado, uma reconstituição histórica da figura do contencioso administrativo em geral e, mesmo, a descrição evolutiva do contencioso administrativo em Portugal.

O que basta dizer, para a adequada compreensão do objeto deste trabalho, é que o contencioso administrativo português, partindo de sua inspiração francesa e observando um quadro evolutivo similar àquele recentemente experimentado por diversos outros ordenamentos próximos, evoluiu bastante.

Desde um contencioso estritamente objetivista (com todas as características antes descritas), passando por uma crescente subjetivação do modelo desde a Constituição de 1976 (sendo de especial relevância no particular o seu artigo 268º, nº 4)⁴⁴, até que, com a edição do CPTA, em 2002 e sua vigência a partir de 2004, finalmente se chegou a um patamar de aceitável consonância com a

⁴³ Ver, a propósito, obra coletiva sob o título *Direito Processual Público*, organizada por CARLOS ARI SUNDFELD e CASSIO SCARPINELLA BUENO.

⁴⁴ “Artigo 268º (*Direitos e garantias dos administrados*) (...) 4. É garantido aos administrados tutela jurisdiccional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer actos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos e a adopção de medidas cautelares adequadas.”

Constituição, que há muito determinava a observância de uma jurisdição administrativa de cunho predominantemente subjetivo.

Em Portugal, então, hoje, do ponto de vista da estrutura normativa, há um contencioso administrativo de jurisdição efetiva e plena, exercido por um corpo de Magistrados adequadamente independente do Governo, com a previsão de instrumentos processuais voltados à garantia dos direitos dos particulares (não apenas prevendo juízos condenatórios efetivos, mas também instrumentos de natureza cautelar e executiva), sendo estes (os direitos dos particulares) o centro do contencioso administrativo.

4.3. As perguntas a serem respondidas

Algumas perguntas surgem e o objetivo deste trabalho é sugerir algumas possíveis respostas. Esta estrutura do contencioso administrativo português contém algum resquício do modelo objetivista finalmente superado? Isso é positivo ou negativo; inevitável ou necessário? Estes resquícios podem, um tanto paradoxalmente, cumprir alguma função adequada a que haja efetiva proteção dos direitos dos particulares em face das características do Direito Administrativo contemporâneo?

5. CONSIDERAÇÕES SOBRE ALGUNS ASPECTOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO E OS NECESSÁRIOS REFLEXOS SOBRE O PROCESSO

5.1. Referência sumária a características do Estado contemporâneo

As feições originárias do Estado moderno foram radicalmente alteradas desde a consagração da ideia de Estado de Direito até os dias atuais.

Especificamente, por força dos desenvolvimentos históricos e sociais, a colocação do Poder Público em posição estranha aos problemas sociais, simplesmente figurando como um garantidor de segurança e estabilidade, nos planos interno e externo, que era característica do Estado liberal, de há muito foi

suplantada e se veem vertiginosas alterações do modo de relacionamento Administração-indivíduo.

A necessidade de que o Estado tomasse parte da vida social, regulando atividades econômicas, adotando medidas tendentes à redução das desigualdades sociais, promovendo o desenvolvimento humano e prestando serviços básicos foi percebida e implicou uma série de alterações no modo de atuação estatal.

É certo que, com diferentes estratégias e com resultados bastante diferenciados, os Estados contemporâneos assumiram uma série de atividades que antes lhes eram estranhas, pelo menos na dimensão que assumiram.

A Administração aumentou significativamente o seu campo de atuação. Mais do que isso, alterou muito sua forma de agir, mudando sua organização interna, variando bastante os instrumentos utilizados e diversificando os agentes de sua ação efetiva.

De outra parte, evoluiu de simplesmente agressiva para prestadora, entretendo com os particulares relações mais duradouras do que as instantâneas vinculações originárias⁴⁵ e lhes reconhecendo posições subjetivas de vantagem nas relações administrativas.

No dias de hoje, a Administração prospectiva, alargando suas pretensões de influência sobre a sociedade, passa a ser mais conformadora do que resolutora de conflitos pontuais, terminando por intervir muito mais fortemente em relações que envolvem interesses particulares não coincidentes, aumentando a litigiosidade de sua atuação.

Perceba-se, como de relevância, ainda neste campo, ser comum que o aparelho estatal, globalmente considerado, termine por pretender dispensar proteção a interesses conflitantes entre si⁴⁶⁻⁴⁷. Um organismo estatal atua com vistas a fomentar o desenvolvimento econômico; outro, por vezes integrante da mesma

⁴⁵ Fato que evidentemente dificulta em muito, ou mesmo impossibilita, a determinação apriorística dos sujeitos afetados pelas atuações da Administração (nesse sentido, ver MARQUES, Francisco Paes. *A efectividade da tutela de terceiros no contencioso administrativo*, paginas 25-26).

⁴⁶ PEDRO GONÇALVES, entre muitos, percebeu esse movimento. Ver “A justiciabilidade dos litígios entre órgãos da mesma pessoa colectiva pública”, p. 11.

⁴⁷ COLAÇO ANTUNES (“Esboço de uma teoria...”, p. 73), em texto que me parece pecar pela generalização, mas que aponta um dado relevante, observa que a sociedade atual seria “*pluriconflitual*” e a atividade administrativa terminava por assumir “*um papel de ponderação de pressões (e não tanto o de ponderar legítimos interesses)*”.

estrutura, já atua em defesa da observância dos direitos dos consumidores, o que por vezes pode implicar uma providência aparentemente contrária àquele objetivo antes mencionado.

A tudo isso se somam novas dimensões e desenvolvimentos dos direitos fundamentais e o adensamento das inter-relações sociais, em campos como o do direito ambiental. Os deveres de proteção estatal se agigantam e reclamam ações até bem pouco tempo não imaginadas, assim como aumentam os pontos de possível conflito.

5.2. Relações multilaterais

Das características anteriormente referidas, já se pode extrair que a atuação pública, nos dias de hoje, é muito mais complexa do que foi outrora. E nada autoriza pretender que deva ser mais singela no futuro. Bem ao contrário, as formas de interferência do Estado sobre a sociedade e a amplitude dessa área de intervenção muito dificilmente deixarão de crescer em um futuro próximo, sendo exemplares as sugestões de necessidade de maior controle (internacional, aliás) sobre as atividades financeiras em geral, diante da atual crise global.

As mais singelas atuações estatais implicam consequências em múltiplas direções e sobre variadas pessoas. Uma simples autorização para construir pode envolver diversas estruturas estatais, em vários níveis; ter implicações sobre muitas outras pessoas (vizinhos, utentes, empresários) ou mesmo sobre interesses da coletividade (ambientais, urbanísticos, históricos). SÉRVULO CORREIA⁴⁸, embora se referindo especificamente aos atos administrativos, termina por perceber uma feição cada vez mais comum quanto às atuações administrativas em geral: muitas vezes não é possível apontar todos aqueles que tenham seus interesses envolvidos na complexa teia advinda daquele comportamento do ente estatal; os destinatários ou atingidos pela atuação não são identificados expressamente e nem mesmo identificáveis à partida.

⁴⁸ “Prefácio...”, página 8.

O processo, portanto, tem de abarcar mecanismos que não se limitem à previsão de litígios bilaterais (entre indivíduo e Administração⁴⁹), mas que também permitam a intervenção dos impropriamente denominados terceiros quanto àquela relação administrativa especificamente considerada, a defesa de interesses metaindividuais, a tutela dos interesses da sociedade⁵⁰. A flexibilidade no exame da legitimação processual para questionamento da atuação administrativa⁵¹ é um imperativo do sistema, sendo útil, como observa SÉRVULO CORREIA⁵², que, de um lado, alargue-se o *“espectro das situações subjectivas activas tuteláveis”* e, de outro, reste atenuado *“o factor exigível de conexão individualizada entre o autor e a questão controvertida”*. Para o que, aliás, pode servir a referência ao chamado *“interesse legalmente protegido”*, que funcionaria como meio de flexibilização do sistema⁵³, atenuando-se os rigores da necessidade de demonstração da existência de um efetivo direito subjetivo.

E mais do que isso, é essencial que se percebam ou se estabeleçam ferramentas para uma otimização dos resultados do esforço jurisdicional, de maneira a permitir que de uma certa decisão concreta se possa extrair o máximo possível de conformação do atuar administrativo, inclusive com vistas à segurança jurídica e à pacificação social.

⁴⁹ Como observa PAULO OTERO (*“Os contra-interessados em contencioso administrativo”*, página 1075), a visão tradicional que visualizava as decisões administrativas como uma relação bilateral entre Administração e indivíduo(s) é ultrapassada.

⁵⁰ SÉRVULO CORREIA (*“Prefácio...”*, p. 10) chega a sugerir que, neste ponto, fazendo uma comparação com a doutrina alemã, haveria em Portugal e no Brasil, *“uma consciência mais clara e avançada [...] quanto à continuidade gradativa que se estende desde os direitos subjetivos verdadeiros e próprios e dos interesses legalmente protegidos, aos interesses colectivos, individuais homogêneos, difusos e os chamados interesses de facto”*.

⁵¹ É nessa linha de entendimento ampliativa da legitimação processual à provocação do exame judicial da atuação administrativa que parece situar-se a seguinte ponderação de COLAÇO ANTUNES (*“Esboço de uma teoria das partes no processo administrativo”*, páginas 87-88): *“Pensamos, portanto, haver cada vez menos razões contextuais, lógicas e sistemáticas, apesar do hipersubjectivismo e individualismo do artigo 268º/4 da C.R.P., para que se possa entender que apenas os sujeitos directamente lesados pelo acto sejam merecedores de uma tutela plena”*. Meu pensamento é, em linha de princípio, coincidente, tendendo a postular, em nome do interesse público, por uma presunção de legitimidade ativa.

⁵² *Direito do Contencioso Administrativo*, página 721.

⁵³ Essa parece ser a linha preconiza por SÉRVULO CORREIA (*“Prefácio...”*, páginas 12-13).

5.3. *Relações multitudinárias*

Para além disso, muito pelo acréscimo de campos e instrumentos de atuação, mas também pelo simples adensamento populacional, muitas atuações públicas terminam por ter influência sobre multidões de indivíduos. Assim, por exemplo, os concorrentes de uma seleção pública de servidores, mas também os usuários de um certo serviço de saúde ou os contribuintes de um dado imposto.

Exatamente por força do fato de compreender que suas atuações implicam consequências sobre muitas pessoas, o Estado se vale, crescentemente, de regulamentações que, embora fundadas na lei, terminam por implicar consequências, diretas ou não, que muitas vezes prescindem da edição de um ato de autoridade específico. Há, pois, cada vez mais espaços em que os comportamentos das pessoas são influenciados por normas gerais e/ou abstratas ditadas pela Administração.

Um processo administrativo adequado deveria, portanto, pretender incidir sobre essas necessárias regulações, de maneira a permitir a resolução de problemas igualmente gerais e abstratos, decorrentes tanto da edição de tais espécies de normas quanto da omissão na edição delas.

5.4. *Multiplicidade de tarefas e complexidade da estrutura de promoção, defesa e controle das atividades públicas*

Como visto, em rápida síntese, desde a consagração do Estado de Direito liberal até os nossos dias, viu-se um incessante acréscimo de atribuições, tarefas, competências e deveres em face do Estado. Não se trata, apenas, de uma divisão de tarefas, com vistas à otimização ou à eficiência, mas sim de um complexo de competências, poderes e funções, que incluem atividades de controle interno, cooperação e coordenação entre os diversos órgãos da Administração. E mais do que isso, e crescentemente, também englobam a atuação de entes particulares ou do exercício da administração pública sob a forma privada⁵⁴. Não se pode, então,

⁵⁴ Cfr. CORREIA, J. M. Sérvulo. *Direito do Contencioso Administrativo*. Página 693.

pretender que ao Estado se possa imputar uma vontade convergente.

Isso terminou por conduzir a se complexificar de maneira tal a atuação da máquina pública que se concorda com NIGRO quando afirma que «a Administração Pública já não existe mais (...), apenas existem as ‘Administrações Públicas’, entre as quais se desenvolvem relações, conflitos, acordos, controvérsias, que modificam o direito administrativo substancial e influem também no processo⁵⁵».

Não se pode, pois, deixar de pretender que o ordenamento estabeleça algum mecanismo processual voltado a tal conflituosidade, notadamente porque, como já se intui, muito provavelmente, em face da complexificação crescente, resulta muito difícil que as normas de resolução interna dos conflitos detenham efetiva condição de solver as controvérsias, mesmo porque, no mais das vezes, ocorrem de modo inesperado ou mesmo imprevisível.

5.5. Procedimentalização da formação da vontade pública e da atuação estatal

De tudo quanto até aqui se disse resulta evidente que a Administração contemporânea não poderia mesmo ter como centro de sua atuação uma figura jurídica com o conteúdo tradicionalmente atribuído ao ato administrativo.

É uma tendência possivelmente imparável a procedimentalização da atuação estatal, inclusive com vistas a permitir a interação e o diálogo entre vários órgãos da Administração, mas também por força da necessidade de permitir a participação como meio de democratização do exercício do poder.

Disso resulta, como óbvio, que o processo judicial que se refere à atuação administrativa não possa ser visto como voltado a um fato isolado, sendo-lhe imprescindível alguma plasticidade que permita dar cobro das exigências da dinâmica da atuação estatal.

5.6. Resultado

⁵⁵ “Transformazioni dell’Amministrazione e Tutela Giurisdizionale Diferenziata”, *in* Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1980, n. 1. *Apud* SILVA, Vasco Pereira. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise*. 1ª edição. Página 71.

Parece-me evidente, de tudo isso, que questões atinentes a um Estado tão complexo (e tão cada vez mais complexo) não podem ser resolvidas por um processo civil de feição individualista, do mesmo modo que não poderiam ser adequadamente tratados por um processo administrativo objetivista ou voltado à defesa do Poder.

Na realidade, a simples presença do Poder Público na lide muda muita coisa e exige normas específicas. Isso é verdadeiro, tanto se essas normas estão num processo civil adaptado e são aplicadas por uma jurisdição una ou tendencialmente una (como no Brasil) quanto se estão em um contencioso predominantemente administrativo e são aplicadas majoritariamente por um Judiciário especializado (como em Portugal).

O trabalho não tem a pretensão de dizer que seja melhor um modelo de jurisdição una ou de jurisdições especializadas, tampouco de codificação processual comum ou dicotômica. Julgo que ambos os modelos podem obter resultados adequados. E os modelos, ao fim e ao cabo, têm, no que é essencial, mais pontos de contato do que de distinção.

6. ALGUNS INSTITUTOS

6.1. Parâmetros específicos de seleção

6.1.1. O título do trabalho sugere que os institutos a serem tratados tenham alguma vinculação com a “infância difícil” do Contencioso Administrativo. É hora de explicar, então, as razões em geral que apontam para as figuras escolhidas.

São três basicamente os institutos escolhidos: a) institutos que tenham feição objetivista; b) institutos que pressuponham um certo grau de intimidade entre Juiz e Administração (ainda que não necessariamente a promiscuidade das origens do contencioso administrativo); c) institutos que tenham sido gestados com vistas a contornar algumas características do contencioso de matriz francesa tradicional.

6.1.2. Em todos os casos escolhidos, vê-se, em alguma medida, algo que é bem característico da evolução do Direito Administrativo e do Contencioso Administrativo: a reversão de sentido de argumentos ou mecanismos que, embora inicialmente pensados para proteger o poder, terminam por servir à proteção dos particulares e à prossecução do verdadeiro interesse público. O milagre que VASCO PEREIRA DA SILVA⁵⁶ identifica com o desenvolvimento do contencioso administrativo e do direito administrativo parece, então, não ter um fim: é um milagre-relação ou um milagre-procedimento; não um milagre-ato.

6.1.3. Advirta-se, de outra parte, mais uma vez, que entre as figuras escolhidas haverá institutos presentes no direito anterior ao CPTA, mas também novidades introduzidas pelo CPTA e mesmo figuras de notável originalidade por parte do direito português.

Vamos, então, às figuras a serem examinadas. Lembro, então, que em cada uma delas, (1) se identificará o mecanismo, (2) se explicará porque ele pode (ou não) ser tido como vinculado ao passado difícil do contencioso administrativo português, (3) se explicará porque a figura tem relevância para o direito administrativo contemporâneo e (4) porque interessa a um olhar brasileiro e, finalmente, (5) se tratará, sendo o caso, de alguma eventual controvérsia sobre sua aplicação, desde que tal discussão releve para a amplitude ou eficácia da figura.

6.2 Impugnação de normas

6.2.1. O CPTA, nos artigos 72º a 76º, autoriza a impugnação judicial de normas administrativas apontadas como ilegais.

A referida possibilidade de impugnação de normas administrativas não é nova no Direito português. Está referida na Constituição (artigo 268º, nº 5), em face da revisão de 1997, e já anteriormente fora objeto, em outros termos, da Lei de Processos nos Tribunais Administrativos (LPTA), que antecedeu o CPTA, e no

⁵⁶ *O contencioso..., passim.*

Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF)⁵⁷.

De todo modo, a constitucionalização do direito e a sua compreensão como direito fundamental⁵⁸, decorrentes, a partir da revisão constitucional de 1997, da redação que recebeu o artigo 268º, nº 5, da Constituição Portuguesa⁵⁹, conduzem a uma imposição de afastamento de barreiras à plena efetivação dele⁶⁰.

6.2.2. A leitura do artigo 73º do CPTA é necessária a uma primeira compreensão do instrumento:

Artigo 73.º

Pressupostos

1 - A declaração de ilegalidade com força obrigatória geral pode ser pedida por quem seja prejudicado pela aplicação da norma ou possa previsivelmente vir a sê-lo em momento próximo, desde que a aplicação da norma tenha sido recusada por qualquer tribunal, em três casos concretos, com fundamento na sua ilegalidade.

2 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, quando os efeitos de uma norma se produzam imediatamente, sem dependência de um acto administrativo ou jurisdicional de aplicação, o lesado ou qualquer das entidades referidas no n.º 2 do artigo 9.º, podem obter a desaplicação da norma pedindo a declaração da sua ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto.

3 - O Ministério Público, oficiosamente ou a requerimento de qualquer das entidades referidas no n.º 2 do artigo 9.º, com a faculdade de estas se constituírem como assistentes, pode pedir a declaração de ilegalidade com força obrigatória geral, sem necessidade da verificação da recusa de aplicação em três casos concretos a que se refere o n.º 1.

⁵⁷ Cfr. CORREIA, Fernando Alves. "A impugnação jurisdicional de normas administrativas", página 17.

⁵⁸ Cfr. SILVA, Vasco Pereira da. "Vem aí a reforma do contencioso administrativo (!?)", páginas 7-8.

⁵⁹ "5. Os cidadãos têm igualmente direito de impugnar as normas administrativas com eficácia externa lesivas dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos."

⁶⁰ Isso está bem posto por FERNANDO ALVES CORREIA ("A impugnação jurisdicional de normas administrativas", páginas 17-18) quando afirma que se "exige do legislador o aperfeiçoamento dos actuais meios de impugnação directa das normas". Ouso, contudo, acrescentar que essa missão não se restringe ao legislador, antes ainda se impondo ao aplicador da lei, que recebe da Constituição a clara orientação de interpretar as normas sob o influxo dessa necessidade de fazer efetivo o direito de impugnação abstrata das normas infralegais.

4 - O Ministério Público tem o dever de pedir a declaração de ilegalidade com força obrigatória geral quando tenha conhecimento de três decisões de desaplicação de uma norma com fundamento na sua ilegalidade.

5 - Para o efeito do disposto no número anterior, a secretaria, após o respectivo trânsito em julgado, remete ao representante do Ministério Público junto do tribunal certidão das sentenças que tenham desaplicado, com fundamento em ilegalidade, quaisquer normas emitidas ao abrigo de disposições de direito administrativo.

6.2.3. Deixando a questão do pressuposto da legitimidade ativa para um momento posterior, anoto, em primeiro lugar, que, a despeito de não se dizer isso expressamente no nº 1 do artigo 73º do CPTA, a propositura da ação pelo particular, com base na existência de 3 (três) decisões prévias declarativas de ilegalidade da norma impugnanda, pressupõe não a simples prolação das decisões, mas seu trânsito em julgado, o que se conclui da leitura do nº 5 do mesmo artigo, o qual, a despeito de se referir simplesmente a um dever dos serviços judiciais, termina por esclarecer a que decisões se refere o artigo.

Em segundo lugar, registro que a propositura da ação pelo particular não pressupõe a ocorrência atual de lesão, exigindo apenas o risco previsível de futura lesão, o qual deve necessariamente ser demonstrado pelo requerente.

Em terceiro lugar, sobrelevo que o pressuposto da existência de três decisões de idêntico sentido revela uma similitude com o paradigma atinente ao controle de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, nos termos do artigo 281º, nº 3, da Constituição portuguesa.

Em quarto lugar, observo não existir prazo que limite a impugnabilidade das normas administrativas, que podem ser objeto de discussão judicial a qualquer tempo⁶¹. Contra tal possibilidade, já existente no LPTA, COLAÇO ANTUNES⁶² ponderava, sem apresentar razões convincentes, que seria adequado estabelecer um prazo para o manejo de tal instrumento. Parece-me que agiu bem o legislador

⁶¹ O que, segundo FERNANDO ALVES CORREIA, seria mais uma manifestação da existência de interesse público no banimento judicial de normas administrativas ilegais ("A impugnação jurisdicional...", página 23).

⁶² *Para um contencioso administrativo de garantia...*, páginas 67-68 e 81, nota 66.

do CPTA, não apenas por questões de lógica sistemática, mas também em face de razões pragmáticas. A uma, seria irrazoável negar a possibilidade de que uma norma voltada à aplicação indeterminada no tempo fosse, por força da passagem do tempo, como que imunizada quanto à discussão judicial. A duas, faltaria justificativa para que se deixasse viger norma ilegal pelo simples fato da passagem do tempo, ainda mais quando a aplicação individual da norma poderia implicar a viabilidade de numerosas demandas individuais versando sobre a validade do mesmo dispositivo. A três, porquanto, o estabelecimento de qualquer prazo de 1 (um) ou 2 (dois) anos muito provavelmente implicaria a inviabilização de que, em tal prazo, transitassem em julgado as 3 (três) decisões de que cogita a norma, prejudicando-se, então, todos os benefícios do instrumento como ferramenta de redução da litigiosidade e de correção do atuar administrativo. A quatro, porquanto a haver um prazo preclusivo, deixaria de ser possível acudir à eventualidade de uma norma administrativa, diante da mudança do quadro fático ou jurídico existente na época de sua emissão, passar a ser ilegal em momento posterior.

Em quinto lugar, diga-se que, como regra geral, a declaração de ilegalidade com força geral tem, em regra, efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, ou seja, tem eficácia desde a edição da norma tida como ilegal, além de implicar a repristinação⁶³ das normas que eventualmente tenham sido revogadas pela disposição invalidanda, tudo nos termos do artigo 76º do CPTA. Ressalva-se, ali, porém, que quando houver razões de segurança jurídica que o justifiquem, seus efeitos podem ser estabelecidos apenas a partir do trânsito em julgado, nos termos definidos na decisão judicial.

O mesmo dispositivo, de modo genérico, aponta que as decisões declarativas de ilegalidade não atingiriam os casos julgados ou os atos administrativos já não mais impugnáveis⁶⁴, tudo nos termos do artigo 76º do CPTA.

⁶³ Sem prejuízo, contudo, como observa CARLA AMADO GOMES (“Dúvidas...”, página 11), da possibilidade de que o julgador, ao examinar o direito precedente, termine por concluir que a norma repristinanda padeça de ilegalidade, inconstitucionalidade ou tenha caducado por fundamento fático ou jurídico.

⁶⁴ A norma não esclarece a data de verificação dessa isenção derivada da inimpugnabilidade. Estariam libertos dos efeitos aqueles atos praticados até a propositura da ação, até a sentença, até o trânsito em julgado da decisão? CARLA AMADO GOMES (“Dúvidas...”, página 14, nota 36) propõe

O que se vê, no caso, é que o legislador privilegiou a segurança jurídica em desfavor da legalidade, fazendo-o de modo inflexível, porquanto a regra é a singela imunidade dos efeitos do ato já não mais impugnável.

VASCO PEREIRA DA SILVA⁶⁵ aduz que tal ressalva “para além de ilógica, iria contrariar disposições constitucionais (v.g. os princípios da legalidade, do Estado de Direito, da igualdade)”, além de conflitar com a orientação jurisprudencial comunitária. CARLA AMADO GOMES⁶⁶ assevera que a contradição com a regra de validade *ex tunc* seria insanável e que o texto deve simplesmente ser tido como não escrito⁶⁷. Apesar de se valer, por duas vezes, de expressão a que ela mesma atribui “radicalidade”, a autora concede, em outra passagem, que seria preferível que a lei, em vez de estatuir uma inflexível e objetiva ressalva dos atos inimpugnáveis, houvesse atribuído ao juiz a tarefa de apresentar solução ponderada ao caso concreto, seguindo a trilha que adviria do contencioso comunitário europeu⁶⁸.

Não me parecendo haja necessariamente uma violação constitucional no caso, julgo fosse preferível a interpretação de que a ressalva não seja absoluta e que possa, em juízo de ponderação em face do caso concreto, ser ressalvada pelo juiz (a regra, contudo, deveria ser invertida, prevalecendo a nulificação, salvo quando houver razões jurídicas a serem ponderadas pelo julgador, diante do caso concreto).

Em sexto lugar, parece-me que andou bem o legislador do CPTA ao não seguir a fórmula restritiva usada na Constituição Portuguesa, a qual fez referência específica a atos dotados de “eficácia externa”.

que, a ser aceita a ressalva dos atos já inimpugnáveis, apenas se deve isentar aqueles atos que tenham adquirido a condição de inimpugnabilidade antes de que se tenha tornado pública a propositura da ação impugnatória do regulamento ou, na pior das hipóteses, na data de trânsito em julgado da primeira decisão de desaplicação, porque em uma hipótese ou em outra já não mais haveria a escusa da necessidade de proteção da confiança, estando contaminada a presunção de validade da norma. Quer-me parecer que a verificação da inimpugnabilidade deve levar em conta pelo menos mais um parâmetro (sem prejuízo da utilização de outros): a data de propositura da demanda, de modo que nenhuma importância teria a passagem do prazo de impugnação do ato específico no curso de demanda impugnatória geral.

⁶⁵ *O contencioso administrativo...*, página 428.

⁶⁶ “Dúvidas não metódicas sobre o novo processo de impugnação de normas do CPTA”, páginas 11-14.

⁶⁷ “Dúvidas não metódicas...”, página 11 e 14, nota 36.

⁶⁸ “Dúvidas não metódicas...”, página 13.

Dita qualificação ou é desnecessária ou indevidamente coarcta o direito de impugnação. É que, estando a legitimidade do particular vinculada à demonstração de algum potencial lesivo da norma, é evidente que já aí vai pressuposta uma eficácia “externa” da norma impugnada.

Todavia, a fórmula restritiva poderia ser indevidamente utilizada em desfavor de quem, por exemplo, temesse ser prejudicado por força de uma decisão a ser proferida com base em norma procedimental interna de um dado órgão público. Assim, em última análise, o que deve importar não é o destinatário imediato da norma, mas sim, a ocorrência da demonstração suficiente de que a mesma possa vir a prejudicar direito do particular.

6.2.2 A dimensão objetiva do instrumento pode ser vista, em primeiro lugar, do objeto da pronúncia judicial: uma norma geral e abstrata. Em segundo lugar, pelo conteúdo e pelo efeito da decisão: a declaração de ilegalidade, em regra, tem efeito geral⁶⁹ e mesmo retroativo, prestando-se a contribuir para que se assegure que a Administração guarde o devido respeito ao ordenamento jurídico⁷⁰. Em terceiro lugar, pode-se perceber pela amplitude que se atribui, neste campo, à atuação do Ministério Público, que chega a ser mesmo obrigado a atuar (prevendo, ainda, a lei, como uma espécie de sucedâneo dessa atuação, que após a terceira pronúncia de ilegalidade da norma, o particular, embora atuando em benefício de um interesse individual, possa postular a declaração de nulidade da norma com efeitos gerais).

Não se deixa, porém, de perceber importantes traços subjetivos no instituto aqui em exame, seja em razão de sua previsão como direito fundamental⁷¹, seja em face da necessidade, quanto ao particular, de alegação de prejuízo ou risco.

⁶⁹ Parece-me, contudo, necessário observar que, em certas circunstâncias, desde que sejam identificáveis os possíveis atingidos por uma eventual declaração de ilegalidade da norma impugnada, deva-se exigir – ou pelo menos autorizar – sua integração ao processo. Isso pela simples razão de que os contrainteressados também devem ter respeitados o respectivo direito de acesso à justiça e a garantia da tutela jurisdicional efetiva (cfr. OTERO, Paulo. “Os contrainteressados...”, página 1084 e passim). E, a despeito do silêncio específico do CPTA no que concerne à questão, não me parece possível simplesmente ignorar o direito de participação dos particulares potencialmente atingíveis pela futura decisão judicial.

⁷⁰ Ver CORREIA, Fernando Alves. “A impugnação jurisdicional...”, página 23.

⁷¹ Cfr. SILVA, Vasco Pereira da. “Vem aí a Reforma...”, páginas 7-8.

6.2.3. A importância de um instrumento do gênero no âmbito da Administração contemporânea nem mesmo necessita de maiores justificativas, para além daquelas que anteriormente já se referiu quando tratei das relações multitudinárias e multilaterais no início da exposição. Acrescente-se, apenas, que em alguns campos específicos, tais como o ambiental e o urbanísticos, pode-se antever que essa via assumirá uma crescente importância, a ponto até de poder alcançar mesmo o protagonismo das discussões atinentes a tais matérias.

Ademais, enfatize-se que a discussão em abstrato acerca da legalidade de uma norma administrativa pode, com grande benefício ao sistema jurídico, afastar a necessidade de um sem número de demandas individuais, que, para além de abarrotarem os serviços judiciários e sobrecarregarem os sistemas de defesa da Administração, terminam por permitir uma oscilação jurisprudencial que dissemina a insegurança jurídica. Assim, tanto do ponto de vista puramente pragmático quanto da perspectiva da perfeição do sistema jurídico, instrumentos do gênero são dotados de grande valia.

6.2.4. O direito brasileiro, a despeito da plêiade de instrumentos de defesa de interesses metaindividuais, não conta com qualquer mecanismo do gênero. Não existe um instrumento apropriado para a discussão de ilegalidade “em tese” de norma regulamentar.

Bem ao contrário, mesmo quanto a um instrumento processual específico de combate a atos de autoridade como é o mandado de segurança⁷², é pacífica a orientação doutrinária⁷³ e jurisprudencial no sentido de ser incabível a discussão, em tal via, de normas em tese, cabendo referir que o Supremo Tribunal Federal de há muito editou súmula⁷⁴ sobre o tema, precisamente a de número 266, cuja aplicação vem se mantendo sem maior resistência. Ressalva-se, porém, a bem da clareza, que doutrina e jurisprudência admitem, também de modo uniforme, o

⁷² Agora regulado pela Lei número 12.016, de 7 de agosto de 2009, a qual não trouxe alteração relativamente ao tema aqui referido.

⁷³ Explica LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA (*A Fazenda Pública em Juízo*, página 433) que “o mandado de segurança não consiste num meio de controle abstrato de normas, servindo para combater atos públicos”.

⁷⁴ “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese”.

ajuizamento de demandas judiciais, inclusive ação de segurança⁷⁵, para a finalidade de combater normas dotadas de efeito concreto relativamente à esfera jurídica do demandante.

A omissão de um meio processual de questionamento judicial abstrato de normas administrativas é objeto de referência por parte de CARLOS ARI SUNDFELD⁷⁶, que, após qualificar o tema como *“um dos problemas cruciais em termos de controle judicial da Administração”*, pergunta-se se haveria necessidade de um novo gênero de ação ou se, a título de exemplo, poderiam ser manejados a ação civil pública ou o mandado de segurança coletivo. Parece-me que as alternativas apresentadas não servem ao efeito pretendido. E, de qualquer modo, ditas alternativas apenas estariam no âmbito da atuação do Ministério Público ou de entidades representativas, jamais do particular.

6.2.5. Questões merecedoras de alguma referência complementar envolvem os diversos legitimados para esse tipo de ação e as possibilidades de atuação que o CPTA lhes reserva.

6.2.6. Como se percebeu da leitura do artigo 73º do CPTA, legitimados a impugnam normas administrativas estão o Ministério Público, o autor popular e o particular. As exigências feitas a cada um deles e as possibilidades de atuação, contudo, variam de um modo que vejo como um tanto assistemático.

De plano, destaca-se a ampla possibilidade de atuação do Ministério Público. Ele está autorizado a discutir judicialmente a legalidade de quaisquer normas administrativas. Nada importa que tenham ou não efeitos concretos, não importa que tenham ou não sido judicialmente declaradas ilegais. Mais do que isso, aliás, o órgão está mesmo obrigado a fazê-lo na hipótese de ter ciência de três decisões judiciais trânsitas em julgado que tenham declarado a ilegalidade de um qualquer dispositivo de tal natureza.

⁷⁵ É o que acertadamente anota SÉRVULO CORREIA (*Direito do contencioso administrativo*, página 234) ao descrever o sistema brasileiro.

⁷⁶ “O direito processual e o direito administrativo”, páginas 28-29

Já o particular pode pedir a declaração de ilegalidade com força obrigatória geral de normas que o prejudiquem ou possam previsivelmente prejudicar, nesse caso, porém, exigindo-se que tenha havido previamente três⁷⁷ decisões judiciais definitivas que tenham negado aplicação à mesma norma.

O mesmo particular poderá postular a desaplicação da norma, no caso concreto⁷⁸, ou seja, sem influência para além dos limites do processo, das normas que produzam efeitos imediatos, sem dependência de um ato administrativo ou judicial.

O autor popular, por seu turno, segundo uma interpretação literal da norma⁷⁹, apenas poderia pedir a desaplicação de uma norma com efeitos circunscritos ao caso concreto, observada a sua legitimação geral prevista no artigo 9º do CPTA.

Ao mesmo autor popular, em compensação, o CPTA reserva a possibilidade de requerer ao Ministério Público a propositura de ação voltada para a declaração, com força geral, de ilegalidade da norma administrativa, atuando como assistente, faculdade que a lei parece explicitamente não reservar ao particular lesado pela mesma norma.

6.2.7. Traçado esse breve panorama, diz-se logo, que a restrição da possibilidade de atuação como assistente apenas ao autor popular é injustificável e sistematicamente incongruente, reclamando mesmo, tal como propõe VASCO PEREIRA DA SILVA⁸⁰, uma interpretação corretiva que autorize também ao particular a assistência em tais casos.

Acrescento, porém, dois argumentos para justificar essa possibilidade.

⁷⁷ CARLA AMADO GOMES (“Dúvidas...”, páginas 8-10) sugere que poderia haver exceção a esta regra na hipótese de sobrevir, em sede de processo submetido ao mecanismo próprio dos processos de massa (especialmente, CPTA, artigo 48º), prolação de sentença que declare a inaplicabilidade de um dado regulamento. Nessa situação, argumenta que uma única decisão poderia ser tida como suficiente para autorizar a propositura de pedido de declaração de ilegalidade com força obrigatória geral por parte de um particular e, também, de impor que sobrevenha atuação do Ministério Público em igual sentido. Julgo que a ideia pode ser útil, *de jure condendo*, mas que não se sustenta diante do direito posto. Quando menos porque, a rigor, a decisão proferida naquele processo escolhido como paradigma dos demais pode, no limite, nem mesmo ser estendida a qualquer outra demanda.

⁷⁸ Ver item 6.2.9., *infra*.

⁷⁹ Ver item 6.2.8., *infra*.

⁸⁰ *O contencioso administrativo...*, p. 419.

O primeiro é o de que o particular diretamente interessado sempre poderia, naqueles casos em que se configurassem os pressupostos do artigo 9º do CPTA, comparecer na condição de autor popular, porquanto não existe proibição expressa quanto a isso.

O segundo argumento fulcra-se no fato de ser cabível a aplicação supletiva do Código de Processo Civil ao contencioso administrativo. Em face disso e considerando que, no artigo 335º, aquele diploma autoriza a assistência para quem tenha “*interesse jurídico em que a decisão do pleito seja favorável*” à parte autora, justificada estaria a assistência.

6.2.8. Uma outra nota, advinda da leitura da obra de SÉRVULO CORREIA⁸¹, é que causa estranheza a restrição feita às possibilidades abertas ao autor popular no campo da impugnação de normas. É que exatamente quanto a tal instrumento abre-se espaço amplo para que, sem alegação de uma lesão concreta a direito subjetivo, o autor popular pudesse colaborar para prevenir o prejuízo aos interesses que a ordem constitucional lhe autoriza defender. Não se consegue compreender a razão que conduziu o legislador a não considerar que o autor popular pudesse fazer isso, ainda mais quando reconheceu a importância do tema, de maneira tal a atribuir ao Ministério Público a possibilidade de atuação.

Tenho como acertada a ponderação de CARLA AMADO GOMES⁸² no sentido de que soa absolutamente inconciliável a previsão de uma legitimidade popular e a adstrição dos efeitos da decisão ao caso concreto. E, mais ainda, que não poderia haver restrição, pelo CPTA, das consequências *erga omnes* que são próprias às decisões de procedência em ação popular relativas a interesses individuais homogêneos, conforme a norma específica do artigo 16º da Lei nº 83/1995⁸³. Se o legislador do CPTA previu, como seria de esperar, a legitimidade do autor popular, necessariamente vinculada a interesses despersonalizados e voltada à defesa do interesse público, não poderia amesquinhar os resultados obteníveis, reduzindo-os a um provimento judicial de espectro tão acanhado que simplesmente não

⁸¹ *Direito do Contencioso Administrativo*, páginas 726-727.

⁸² “Dúvidas”, página 8.

⁸³ *Idem*, p. 7.

justificaria o manejo de um tal instrumento. E mais, a feição claramente objetivista tanto da ação popular quanto do contencioso regulamentar⁸⁴ não se compadece de uma redução subjetivista da espécie.

6.2.9. Como visto, a norma do artigo 73º, número 2, do CPTA reserva ao particular, na hipótese de não existirem 3(três) precedentes decisões que tenham negado aplicação a uma dada norma administrativa, a possibilidade de obter, por via judicial, a “*desaplicação da norma*”, tendo a declaração de ilegalidade “*efeitos circunscritos ao caso concreto*”.

Desde logo se deve anotar, como referido por CARLA AMADO GOMES⁸⁵ e explicado por VASCO PEREIRA DA SILVA⁸⁶, que houve mesmo, no particular, uma regressão⁸⁷ em face do direito anterior. É que, antes do CPTA, o particular poderia pedir a declaração com eficácia geral relativamente aos regulamentos da Administração local comum ou, já aqui relativamente a todos os regulamentos administrativos, quando a norma fosse exequível por si. A conveniência de que tal seja possível ao particular é manifesta, quando menos porque contribui para a recomposição do ordenamento jurídico, isso por meio de instrumento de natureza objetiva que não se deveria sacrificar.

Questão é saber, porém, se está apenas diante de uma má escolha do legislador (que se pode lamentar ou de que se pode postular uma revisão) ou de uma violação constitucional (já aqui de maneira a autorizar se propugne uma correção por via interpretativa ou de controle judicial).

VASCO PEREIRA DA SILVA⁸⁸ questiona fortemente a solução encontrada, apontando-a como inconstitucional, desde que seria violadora do direito fundamental de impugnação de normas jurídicas previsto no artigo 268º, número 5, da Constituição Portuguesa. A esse argumento acresce o autor que a manutenção no ordenamento jurídico de uma norma declarada ilegal afrontaria bens e valores

⁸⁴ SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso...*, página 424.

⁸⁵ “Dúvidas...”, página 4.

⁸⁶ *O contencioso...*, página 420.

⁸⁷ Aqui vai antecipado, então, um juízo valorativo.

⁸⁸ “*O contencioso...*”, páginas 420-424.

constitucionais de natureza objetiva, nomeadamente os princípios da legalidade, da igualdade e do Estado de Direito.

Não me parece seja assim. Reiterando entender que a solução escolhida não foi a melhor, enfermada que está de um excesso de cautela em face da atuação judicial⁸⁹, julgo, porém, que não esteja violada qualquer norma constitucional com a adoção da distinção em foco.

A garantia individual de impugnação das normas certamente não está infringida, porquanto o particular não sofreu qualquer abatimento no nível de proteção judicial de que dispunha anteriormente⁹⁰ e a norma constitucional não ostenta uma feição tal de que se possa extrair um direito fundamental ao questionamento judicial de normas com objetivo outro que não o de defesa de seus particulares direitos ou interesses (e isso a declaração de ilegalidade com efeitos circunscritos certamente assegura).

No que concerne aos princípios da legalidade, da igualdade e do Estado de Direito, não consigo visualizar uma sua infringência direta e necessária, muito menos uma lesão de natureza ou extensão distinta daquela que diariamente se pode ver no fato de as mais diversas questões jurídicas merecerem apreciação diferenciada nas numerosas demandas apreciadas pelo Poder Judiciário.

Aliás, cabe aqui rememorar que relativamente ao controle sucessivo concreto de constitucionalidade, no qual se viu haver sido inspirado o instituto em discussão, a norma declarada inconstitucional em um dado caso concreto nem por isso deixa de ser válida. A decisão, mesmo proferida pelo Tribunal Constitucional, não excede o âmbito estrito daquela particular demanda, ou seja, não tem efeito *erga omnes*. A generalização da eficácia de um dado entendimento acerca da constitucionalidade de uma norma é possível, mas apenas se dá quando, após três decisões de idêntico sentido, instaure-se e tenha seguimento, por iniciativa oficiosa

⁸⁹ De qualquer modo, não é demais dizer que, de fato, a possibilidade teórica de uma isolada decisão de primeiro grau, em caso particular, ter implicação permanente e futura sobre interesses públicos deve ser vista com redobrado cuidado. Perceba-se, aqui, que a hipótese de ação com finalidade de obtenção de efeito invalidatório geral movida pelo Ministério Público conta, ainda, com o filtro do exercício da competência daquele órgão, o que acresce alguma segurança e certa relevância especial à causa judicial específica. Já no que concerne ao autor popular, a relevância especial das matérias acerca das quais haverá de tratar a demanda talvez justifique a imediata atuação judicial de efeitos *erga omnes*, ainda que com reduzida sobreposição à segurança jurídica.

⁹⁰ Assim: GOMES, Carla Amado. "Dúvidas...", página 4.

de algum integrante do Tribunal ou do Ministério Público, um processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade⁹¹.

6.3. Litigância interna

6.3.1. De notável importância no âmbito do CPTA é a permissão de litigância interna à Administração. Dela tratam os artigos 10º, nº 6⁹², e 55º, nº 1, alínea “d”⁹³ da referida lei. O ordenamento português expressamente prevê a possibilidade de se postular solução judicial para dirimir conflitos intraorgânicos e interorgânicos.

Dito dispositivo corresponde a uma exceção a outras regras do CPTA, nomeadamente as do artigo 10º, números 1, 2, 3 e 4, as quais atribuem à pessoa coletiva pública a condição de demandada nas ações (ainda que refira, em outra exceção, os Ministérios como parte ré). A adoção da feição clássica da capacidade processual⁹⁴ ou da ideia de identidade entre a personalidade jurídica e a personalidade judiciária⁹⁵, a despeito de explícita, já era atenuada pela acertada previsão de que o ajuizamento da demanda contra o órgão que tenha praticado o ato impugnado não será tido como irregular, considerando-se a ação como proposta contra a pessoa coletiva de direito público⁹⁶ ou, no caso do Estado, contra o Ministério em cuja estrutura se situe o órgão. E está bastante mitigada para a admissão da espécie processual objeto deste item. Esta exceção, contudo, não é assistemática. Resulta do que PEDRO GONÇALVES⁹⁷ denominada de “*dupla veste*” que pode utilizar o órgão público: do ponto de vista externo, a Administração responde como entidade una, ainda que tenha agido por intermédio de uma ou de

⁹¹ Cfr. COSTA, José Manuel M. Cardoso da. *A jurisdição constitucional em Portugal*, páginas 89-91.

⁹² Vazado nos seguintes termos: “*Nos processos respeitantes a litígios entre órgãos da mesma pessoa colectiva, a acção é proposta contra o órgão cuja conduta deu origem ao litígio*”.

⁹³ Assim redigido: “1 - Tem legitimidade para impugnar um acto administrativo: [...] d) Órgãos administrativos, relativamente a actos praticados por outros órgãos da mesma pessoa colectiva;”.

⁹⁴ Sobre a qual, ver BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, páginas 25-37.

⁹⁵ Ver, sobre o tema e as muitas implicações possíveis da distinção, na ótica do direito processual civil português: SILVA, Paula Costa e. “O manto diáfano da personalidade judiciária”.

⁹⁶ No direito brasileiro, a mesma figura é nominada como pessoa jurídica de direito público. Para além de sutilezas semânticas, o nome utilizado no direito português tem uma virtualidade talvez não percebida originariamente, como se verá mais adiante.

⁹⁷ “A justiciabilidade dos litígios entre órgãos da mesma pessoa colectiva pública”, página 12.

outra sua unidade de atuação; do ponto de vista interno, em face do exercício de competências e funções específicas, os órgãos podem efetivamente ser vistos como *“sujeitos de ordenação e de imputação final (não apenas transitória) de poderes e de deveres”*.

6.3.2. A inclusão da figura neste rol de aquisições da infância difícil poderia, de novo, contar com múltipla justificação.

A uma, porque em um processo de natureza objetiva é mais usual do que ocorre em um processo subjetivista a presença na lide das unidades orgânicas da Administração⁹⁸. Aliás, era assim no âmbito do LPTA, onde, por exemplo, de ordinário, era a autoridade dita recorrida que recebia citações e notificações, apresentava alegações de defesa e mesmo recorria, ainda que por intermédio de advogado.

A duas, porque a feição objetiva é de tal modo presente na hipótese que, já no direito francês, escrevendo no início do século XX, GASTON JÈZE apontava a questão dos conflitos de atribuição ou de jurisdição, ao lado do recurso por excesso de poder, como notas bem desenvolvidas de um contencioso de tipo objetivo.

A três, porquanto, de certo modo, tal espécie de desenvolvimento processual soaria menos estranha em um processo no qual estivesse em causa apenas a preservação do ordenamento, no qual a rigor não houvesse partes e no qual o julgador figurasse como mera autoridade superior àquelas que estivessem em situação de conflito.

Todavia, a previsão expressa de uma litigiosidade interna da Administração pode ser identificada, com muito mais propriedade, com os desenvolvimentos que tem experimentado a estrutura administrativa, de maneira a se adequar àquilo que hoje se apresenta como próprio da atuação estatal. A figura de que aqui se fala, então, não é um mero desenvolvimento tardio de uma possibilidade percebida no direito anterior. O que se tem, apenas, de diferencial advindo do passado, talvez seja a maior permeabilidade da cultura jurídica a uma figura do gênero em sede de

⁹⁸ DIOGO FREITAS DO AMARAL e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA anotam que seria da tradição do contencioso administrativo português a defesa da legalidade do ato por intermédio do órgão que o praticara, o que perderia a razão de ser quando se permite, por exemplo, que no mesmo processo se postule a reparação dos danos derivados daquele mesmo ato (*Grandes linhas...*, página 82)

um contencioso administrativo de matriz objetivista, do que aquilo que seria de se esperar em uma escola subjetivista.

6.3.3. A possibilidade aqui em discussão contraria, como dito por PEDRO GONÇALVES⁹⁹, a ideia de que as pessoas coletivas públicas seriam “organizações impermeáveis, indecomponíveis e indivisíveis”. Essa perspectiva faria com que a demanda fosse impossível porquanto implicaria alguém litigar contra si próprio.

É certo, porém, que a superação desse entendimento restritivo é mesmo um reclamo do Estado de nossos dias, na exata medida em que, como observa CASSESE, não é mais adequada a visão antropomórfica da Administração como um homem grande de que os órgãos seriam parte. Aliás, pode-se dizer que, com o nome “pessoa coletiva pública” ocorreu uma situação muito interessante: o nome tem ficado cada vez mais adequado à figura, porquanto em uma só pessoa reside uma coletividade¹⁰⁰.

Os órgãos que integram essa coletividade têm atuações potencialmente colidentes. Não apenas porque tutelam interesses particulares igualmente conflitivos, mas também porque são mesmo desenhados para realizar controles internos diretos ou para propiciar, pelo procedimento, um outro qualquer mecanismo de formação dialógica da vontade pública. Não bastasse isso, dada a complexidade crescente da atuação estatal, nos seus vários níveis, é cada vez mais comum (e mesmo desejada) a superposição, aparente ou real, de competências, a reclamar solução jurisdicional, porquanto as meras normas de organização interna da Administração não conseguem estabelecer meios adequados de deslinde dos conflitos.

Não é excessivo reforçar a ideia de que o sistema está desenhado de maneira tal a fomentar, em alguns pontos e específicas matérias, o dissenso como mecanismo de eleição e revelação do que seria o verdadeiro interesse público. A atribuição de papéis conflitantes a diversos órgãos públicos faz parte de uma

⁹⁹ “A justiciabilidade dos litígios entre órgãos da mesma pessoa colectiva pública”, página 10.

¹⁰⁰ É que, ao se cogitar de uma pessoa “coletiva” pública, pode-se entrever o Estado não só como uma pessoa que representa o interesse de uma coletividade (provavelmente a feição originária da denominação), mas também como ele próprio sendo uma coletividade, na medida em que haja, em seu bojo, várias “Administrações” (já aqui em uma perspectiva própria da contemporaneidade).

estratégia de proteção de interesses não coincidentes. E, nesse panorama, a atribuição de atividade decisória ao Poder Judiciário é coerente com a importância que se deve atribuir às feições atuais da Administração Pública.

6.3.4. No Brasil, inexistente figura do gênero, no que o ordenamento brasileiro não está só. A percepção clássica do processo civil, fixada na ideia da personalidade jurídica, termina por estranhar esse litígio interno, que ofenderia o princípio processual da dualidade das partes.

Um tal mecanismo, contudo, seria de muita importância. As hipóteses de aplicação válida dessa possibilidade são numerosas e crescentes, tendo em vista todo aquele desenvolvimento que já se disse estar experimentando o aparelho estatal. Trago à baila, então, a título ilustrativo, exemplo que vivenciei. Em Pernambuco, o Tribunal de Contas, extrapolando claramente a sua competência de exame da legalidade das concessões de aposentação¹⁰¹, em muitas ocasiões determina a alteração de atos de aposentadoria de servidores para que os valores das respectivas parcelas componentes dos estipêndios sejam aumentados. O Poder Executivo, recebendo ditas supostas determinações, simplesmente não as cumpre, por entender que o órgão que as emitiu não teria poderes para a ordem transmitida. Em uma situação dessas, sem que haja provocação do aposentado ou ocorra um outro qualquer desdobramento (como, por exemplo, alguma tentativa de imposição de multas por parte do Tribunal de Contas), simplesmente inexistente um meio adequado de discussão judicial do tema. Permanece, então, um impasse institucional de difícil solução.

Para complicar um pouco mais a situação descrita, é de se acrescentar que, vigorando no Brasil uma lógica (boa, a meu sentir) de concentração da representação judicial de cada um dos entes estatais, o Poder Executivo (responsável pela aposentadoria) e o Tribunal de Contas do Estado são, a bom rigor, representados pelo mesmo órgão, nomeadamente a Procuradoria Geral do Estado, o qual, para não deixar as coisas ficarem nem um pouco simples, tem

¹⁰¹ Vide Constituição Federal de 1998, artigos 71, inciso III, e 75.

também a incumbência de opinar administrativamente sobre a legalidade da aposentação.

Não custa, porém, relembrar que, no âmbito da defesa das prerrogativas, de há muito é admitida pela jurisprudência brasileira, a impetração de mandados de segurança por parte dos órgãos administrativos. Todavia, as hipóteses em que tal instrumento é admitido são bastante raras, não se podendo dizer que a conflituosidade interorgânica ou intraorgânica se possa ter como resolúvel através de tal mecanismo (ainda mais quando se relembra que o mandado de segurança tem prazo, hipóteses de cabimento e processamento específicos que não permitem a discussão de diversos temas relevantes, desde logo, por exemplo, daqueles que envolvam necessidade de dilação probatória)

6.3.5. Questões que podem suscitar algumas dúvidas prendem-se a saber a quais relações jurídicas se podem referir as ações, bem assim que meios processuais podem ser manejados pelos órgãos e, finalmente, quais os atos que podem implicar o cabimento das ações.

6.3.6. A primeira questão se põe em face do teor literal do artigo 55º, alínea “d”, do CPTA e das normas específicas do CPTA que tratam dos demais meios processuais. É que o artigo 55º seria o único a prever a legitimidade ativa dos órgãos administrativos, fazendo-o de modo específico para a impugnação de atos administrativos. Daí derivaria, segundo um entendimento restritivo, que apenas poderia existir conflito intra-orgânico ou inter-orgânico em sede de ação voltada à impugnação de atos administrativos e já não de qualquer outro modo de atuação administrativa.

Como primeira objeção, obtempero que uma interpretação restritiva do campo de cabimento da espécie processual em lide seria contrária ao desenvolvimento atual do direito administrativo. A atuação do poder público há muito deixou de se restringir ao ato administrativo em seu conteúdo clássico¹⁰²,

¹⁰² E mesmo o ato administrativo deve ser compreendido em face de diversas épocas históricas. Assim, como propõe VASCO PEREIRA DA SILVA (*Em busca do acto administrativo perdido*, p. 136), o ato administrativo típico da Administração agressiva era desfavorável, a Administração prestadora tinha como atuação típica o ato administrativo favorável, enquanto a Administração prospectiva se

mais próximo da Administração agressiva, para se espalhar em formas de atuação apropriadas à Administração prestadora e infraestrutural, mais afeita ao universo do procedimento e da relação jurídica administrativa¹⁰³.

A leitura restritiva é, ademais, carente de fundamentação sistemática diante do próprio CPTA. É que o artigo 10º, nº 6, do mesmo referido diploma legal, aplicável à generalidade dos processos administrativos, inclusive àqueles que se processam com aplicação do processo civil comum, ao prever a legitimidade passiva quanto a tais litígios, estabeleceu que as demandas se refeririam a uma certa “conduta que deu origem ao litígio”. Ora, se a legitimidade passiva é estabelecida em face de uma “conduta” e já não do conceito mais restrito de “ato”, resulta evidente que tal disposição tem implicações sobre todos os meios processuais previstos para decidir acerca de litígios referidos a “condutas”, entre os quais estão os pertinentes a atos administrativos, mas não só esses. Essa é a linha de argumentação defendida por PEDRO GONÇALVES¹⁰⁴ e por VASCO PEREIRA DA SILVA¹⁰⁵, com a qual concordo.

A acrescentar a isso, refiro-me ao artigo 7º do CPTA, que explicita regra da mais alta relevância para o sistema, eis que orienta a interpretação das demais e tem por fim a garantia de direito fundamental. Ali se diz que *“Para efetivação do direito de acesso à justiça, as normas processuais devem ser interpretadas no sentido de promover a emissão de pronúncias sobre o mérito das pretensões formuladas”*¹⁰⁶.

Ora, o que se nota é que o legislador do CPTA demonstrou aqui uma provável reação ao excesso de formalismo na aplicação das regras de processo, a justificar que a doutrina denunciasse, quanto ao direito de contencioso

vale de atos administrativos com influência sobre a situação jurídica de terceiros. Evidente que, ao assim relacionar as espécies de atos e os tipos de Administração Pública (vinculando-os ainda a três distintos tipos de Estado), o Professor de Lisboa apenas está se referindo à atuação preponderante ou mais típica, não excluindo, por exemplo, a prática de atos favoráveis por parte da Administração agressiva ou de atos desfavoráveis pela Administração prospectiva.

¹⁰³ SILVA, Vasco Pereira da. “O ‘nome e a coisa’ – Acção chamada recurso de anulação e a reforma do contencioso administrativo”, página 38.

¹⁰⁴ “A justiciabilidade dos litígios entre órgãos da mesma pessoa colectiva pública”, páginas 13 e 14.

¹⁰⁵ *O contencioso administrativo...*, página 462.

¹⁰⁶ O que, como observam DIOGO FREITAS DO AMARAL e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, pode ser identificado como Princípio da Promoção do Processo (*Grandes linhas da reforma...*, página 81), título que encima o referido artigo 7º do CPTA, e que VIEIRA DE ANDRADE nomina como Princípio do Favorecimento do Processo.

administrativo anterior, um alto grau de negativa de jurisdição por fundamentos formais¹⁰⁷. E, então, estabeleceu um princípio interpretativo que deve iluminar a aplicação de todo o diploma. Em outros termos: é “interesse do sistema”, adequado ao interesse público na integridade da ordem jurídica, que o Juízo preferencialmente diga sobre o direito alegado. Essa disposição, também aplicável aos litígios intraorgânicos ou inter-orgânicos, determina que, num suposto (e para mim inexistente) conflito entre a norma que trata da legitimidade passiva geral e aquelas que especificamente falam da legitimidade ativa, prefira-se a solução que conduza à efetividade do processo, ou seja, aquela que reconheça a legitimidade para provocação do litígio e consequente manifestação judicial expressa.

6.3.7. Uma outra questão é proposta por PEDRO GONÇALVES¹⁰⁸, em face do mesmo artigo 55º do CPTA, antes referido. Refere-se a saber se os atos mencionados como impugnáveis deveriam ser tidos como apenas aqueles dotados de eficácia externa. O autor responde de forma negativa. E tem minha concordância.

Desde logo porque tal entendimento restritivo seria um contrassenso absoluto, reduzindo o instrumento quase que à total inutilidade, porquanto apenas teria lugar quando atingisse, já, o direito de algum particular, perdendo toda a virtualidade que detém no campo da correção das relações internas de exercício do poder.

Para complementar essa ideia, convém lembrar a lição de VASCO PEREIRA DA SILVA¹⁰⁹, ao apontar que o Código de Procedimento Administrativo, anterior ao CPTA, em seu artigo 120º, adota uma noção ampla do ato administrativo, como sendo toda e qualquer decisão voltada à produção “de efeitos jurídicos numa situação individual e concreta”, o que evidentemente inclui os atos de eficácia interna.

¹⁰⁷ Cfr. AMARAL, Diogo Freitas; ALMEIDA, Mário Aroso. ob. cit., p. 80. Ali se faz referência a parecer subscrito pelo advogado ROBIN DE ANDRADE, relativamente à reforma do contencioso administrativo, em que denunciava que “o funcionamento actual do contencioso administrativo tem ainda hoje, como elemento caracterizador, uma persistente prática jurisprudencial de condicionamento excessivo do julgamento de mérito”.

¹⁰⁸ “A justiciabilidade dos litígios entre órgãos da mesma pessoa colectiva pública”, páginas 15-16.

¹⁰⁹ *O contencioso administrativo...*, página 464.

6.3.8. Para concluir, quanto a este ponto, resta dizer, em acolhimento a proposição de PEDRO GONÇALVES¹¹⁰, que os litígios intraorgânicos ou inter-orgânicos passíveis de ser resolvidos pelo manejo da espécie processual aqui tratada podem¹¹¹ se referir a conflitos positivos de competência (desde que não haja uma autoridade superior aos órgãos em contenda que tenha competência para decidir em instância administrativa superior, porque nesse caso a resolução do litígio seria mesmo administrativa), violações de competência de participação (assim, por exemplo, a inobservância da obrigatoriedade de um parecer), relações de supremacia (em que um órgão pretenda controlar outro) ou de cooperação (quando um órgão tenha de atuar em conjunto com outro, por exemplo autorizando uma certa providência).

6.4. Declaração de ilegalidade por omissão

6.4.1. Por proximidade temática, deve-se fazer referência, ainda que breve, a um instrumento processual que o ordenamento jurídico português apresenta com originalidade. É a figura da declaração de ilegalidade por omissão, que guardando paralelismo com a declaração de inconstitucionalidade por omissão¹¹², na linha de

¹¹⁰ “A justiciabilidade...”, página 17.

¹¹¹ Os litígios eventualmente havidos entre integrantes de órgãos colegiados de regra não são resolúveis por meio do uso dessa legitimação processual aqui referida. Na hipótese pode haver conflito, mas ele não se visualiza entre órgãos da Administração, o que desautoriza a aplicação das normas em exame (nesse sentido, GONÇALVES, Pedro, “A justiciabilidade...”, páginas 18-19). Em regra, a solução da controvérsia deverá observar as regras de funcionamento do órgão ou pode vir a ser judicial, mas já aí por força do manejo individual do direito de ação por parte do integrante do órgão.

¹¹² CARLA AMADO GOMES (“Dúvidas não metódicas sobre o novo processo de impugnação de normas do CPTA”, página 15, nota 44) propugna que a figura teria maior similitude com o mandado de injunção brasileiro. A despeito de poderem ser visto alguns pontos de contato, quer-me parecer há mais distinções do que semelhanças. A comparação, contudo, não carece de valia. Pode-se pensar que tenha sido uma exagerada ambição que subjazia à previsão do mandado de injunção que conduziu o instrumento, na prática, por muito tempo, à inocuidade. A solução portuguesa, quanto ao instituto do CPTA (que tem objeto diverso daquele do mandado de injunção), ao conjugar uma ordem expressa, o estabelecimento de um prazo e a possibilidade de uma sanção concreta, parece-me bem mais factível do que a ideia de que o Judiciário devesse estabelecer, desde logo, a regra a ser aplicada ao caso concreto para fruição do direito constitucional (como defendem alguns partidários da posição concretista individual na doutrina brasileira). É de se registrar, de qualquer sorte, que tem havido significativa mudança no entendimento do Supremo Tribunal Federal brasileiro acerca do mandado de injunção. A verificação de que omissa a autoridade legislativa tem resultado em mais do que simples advertências ou conselhos, extraíndo-se da omissão efeitos de configuração de responsabilidade patrimonial (v.g., MI 283-5) ou, mesmo, de estabelecimento das

propostas de JOÃO CAUPERS¹¹³ e PAULO OTERO¹¹⁴, foi introduzida pelo CPTA.

Dela trata o artigo 77º do referido diploma legal¹¹⁵, atribuindo legitimidade ao Ministério Público, ao autor popular ou àquele que alegue prejuízo diretamente derivado da situação de omissão, para postular que a omissão seja declarada e suprida em prazo estabelecido pelo Poder Judiciário, não podendo ser inferior¹¹⁶ a 6 (seis) meses.

6.4.2. A natureza objetiva do instrumento é manifesta, não apenas em razão da legitimidade do Ministério Público e do autor popular, mas também em face da inovação de caráter geral que deve ocorrer no ordenamento jurídico como resultado da sentença.

Todavia, dito instrumento judicial não pode ser creditado a qualquer experiência precedente em sede de contencioso administrativo, antes sendo óbvio desenvolvimento da figura da inconstitucionalidade por omissão.

6.4.3. A pertinência de uma tal solução com o modo de ser da Administração contemporânea resulta evidente, cabendo lembrar a circunstância da crescente regulação dos interesses dos particulares por meio de normas gerais e/ou abstratas.

regras de fruição do direito prejudicado pela omissão legislativa (v.g., MI 670-9). Não cabe aqui, porém, a discussão pormenorizada do tema. Para uma compreensão do estágio atual da questão, ver BRITO, Thomás Raimundo. “Mandado de Injunção: a alvissareira possibilidade de modificação do entendimento do STF e a necessidade de concreção das normas constitucionais”.

¹¹³ Segundo anotação de VASCO PEREIRA DA SILVA (cfr. *O contencioso administrativo...*, página 430), a ideia foi originariamente defendida por JOÃO CAUPERS ainda antes da reforma, precisamente em artigo intitulado “Um dever de regulamentar?”, publicado em *Legislação – Cadernos de Ciência da Legislação*, INA, número 18, Janeiro/Março, 1997, p. 19.

¹¹⁴ “A impugnação das normas no anteprojeto de Código de Processo nos Tribunais Administrativos”, página 48.

¹¹⁵ **Artigo 77.º - Declaração de ilegalidade por omissão - 1 - O Ministério Público, as demais pessoas e entidades defensoras dos interesses referidos no n.º 2 do artigo 9.º e quem alegue um prejuízo directamente resultante da situação de omissão podem pedir ao tribunal administrativo competente que aprecie e verifique a existência de situações de ilegalidade por omissão das normas cuja adopção, ao abrigo de disposições de direito administrativo, seja necessária para dar exequibilidade a actos legislativos carentes de regulamentação. 2 - Quando o tribunal verifique a existência de uma situação de ilegalidade por omissão, nos termos do número anterior, disso dará conhecimento à entidade competente, fixando prazo, não inferior a seis meses, para que a omissão seja suprida.**

¹¹⁶ Percebe-se aqui uma nota de louvável razoabilidade do legislador do CPTA, que cuidou de impedir que, por obra de um qualquer arroubo do julgador, fosse estabelecido prazo irrazoável ou inexequível.

6.4.4. Uma tal solução não tem correspondente na ordem jurídica brasileira, ao menos com a amplitude e a efetividade desenhada pelo CPTA. É que o instituto português, ao lado de declarar a existência da omissão, impõe o estabelecimento de prazo certo para que seja sanada a falta normativa, sendo possível, ainda, por exemplo, conforme defende VASCO PEREIRA DA SILVA¹¹⁷, o estabelecimento de sanção¹¹⁸ pecuniária à autoridade remissa¹¹⁹, em face da feição genérica¹²⁰ da autorização legal de imposição de multa para assegurar a efetividade da tutela, nos termos do artigo 3º, número 2, do CPTA.

6.5. Identificação de causas de invalidade pelo juiz

6.5.1. O artigo 95º, nº 2, do CPTA pode ser dividido em duas partes. Aquela que interessa para o presente estudo pode ser lida assim: *“2 - Nos processos impugnatórios, o tribunal deve [...] identificar a existência de causas de invalidade diversas das que tenham sido alegadas, ouvidas as partes para alegações complementares pelo prazo comum de 10 dias, quando o exigir o respeito pelo princípio do contraditório”*.

¹¹⁷ *O contencioso administrativo...*, página 434.

¹¹⁸ No Brasil, inexistente previsão específica acerca dessa possibilidade de sanção direta ao servidor público. Contrário à idéia, JUVÊNCIO VASCONCELOS VIANA (*Efetividade do Processo em Face da Fazenda Pública*, p. 268) salienta que, à míngua de existência de norma que expressamente o autorize e considerando que o servidor não é parte no processo, inviável a penalização direta (ainda que se possa conceber, em caso de multa aplicada à Administração, uma responsabilização regressiva). Meu entendimento coincide com aquele antes referido. Tem havido, contudo, acolhimento judicial da tese contrária, que admite a possibilidade da multa (ex.: RECURSO ESPECIAL Nº 1.111.562 – RN, julgado pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça). A argumentação principal é utilizada para justificar a imposição da multa, a qual seria autorizada pela incidência do Princípio da Efetividade, erigido à condição de garantia constitucional (assim, por exemplo, por todos, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. “Algumas Questões sobre as *Astreintes* (Multa Cominatória)”, p. 104). Parece-me que o devido processo legal não se compadeça de tal interpretação, quando mais ao se relembrar a interpretação restritiva que de regra devem ter as normas impositivas de sanção.

¹¹⁹ CARLA AMADO GOMES, aduzindo que, em casos tais, “a sentença tem efeitos condenatórios e não puramente recomendatórios”, defende também a possibilidade de imposição de sanções em caso de descumprimento, com fulcro nos artigos 49º e 44º do CPTA (“Dúvidas...”, página 15, nota 43).

¹²⁰ Cfr. MACHETE, Rui Chancerelle (“Execução de sentenças administrativas”. Página 60).

Qual a interpretação mais adequada do dispositivo? A norma transforma o juiz administrativo em juiz de um contencioso de natureza objetiva, em que estava em discussão não o direito da parte, mas o ato administrativo?

6.5.2. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, diante do dispositivo, afirma, em síntese, que todos os possíveis motivos de nulificação do ato administrativo impugnado poderiam ser objeto da investigação judicial, porquanto a causa de pedir estaria na alegação de nulidade do ato e não naquela específica causa identificada. Indo mais além, afirma que o juiz teria um poder instrutório alargado no contencioso administrativo, conforme artigo 90º, nº 1, do CPTA. E, para que dúvidas não remanesçam sobre o que possa estar a dizer o mesmo autor esclarece que a norma do artigo 95º, nº 2, não tem em mira a requalificação normativa dos fatos alegados, o que seria inerente ao princípio *iura novit curia*. Tratar-se-ia, na realidade, da identificação *no episódio da vida* apresentado ao Judiciário de ilegalidades distintas das alegadas.

No mesmo caminho, segue VIEIRA DE ANDRADE, que identifica no aspecto em foco um claro indicativo da adoção de um aspecto objetivista no contencioso administrativo, o que se justificaria em razão de que, em última análise, seria a legalidade do comportamento administrativo que estaria em discussão.

Já VASCO PEREIRA DA SILVA, coerentemente com sua visão subjetivista do contencioso administrativo, defende que a disposição legal não alargaria o objeto de apreciação do Juízo, que continuaria restrito à moldura fática estabelecida pelas alegações das partes. Assim, ele não poderia introduzir fatos novos, mas apenas identificar, ou seja, individualizar, ilegalidades distintas das referidas pelo autor, sempre, repita-se, observado o campo gizado pelas alegações das partes.

6.5.3. Ouso sugerir uma outra perspectiva de visualização do problema, distinta da controvérsia objetivismo x subjetivismo.

Já antes de qualquer coisa, penso que o dispositivo seja aplicável com efeitos um pouco diferentes quando em causa duas possíveis situações fáticas distintas. Mas, sempre com base na aplicação de uma mesma norma.

A primeira situação seria aquela em que, diante dos fatos alegados pelas partes, o juiz visualizasse um fundamento de nulificação distinto do referido pelo autor. Repito: o fundamento decorreria da realidade fática perceptível pela própria apresentação dos fatos pelos litigantes.

A segunda seria a hipótese de, no curso da instrução do feito (e mesmo por força do exame do processo administrativo que a Administração está obrigada a trazer aos autos, nos termos do artigo 8º, número 3, do CPTA), o Juízo perceber um fato que, não tendo sido alegado pelas partes, autorizaria, todavia, a nulificação do ato impugnado.

Julgo que está no princípio da cooperação, de que trata o artigo 266, nº 1, do Código de Processo Civil português e que também é referido no artigo 8º do CPTA, praticamente com um texto idêntico, a chave para a solução da controvérsia.

Na primeira hipótese, identificando uma causa de nulidade que repousaria na argumentação fática já apresentada, o Juízo, percebendo o contraditório de maneira mais dialógica do que como um duelo entre partes, concita os litigantes a apresentarem suas razões em face daquele fato já identificado, mas não explorado nos arrazoados. Pede aos contendores que tragam argumentos que possam subsidiar a formação do convencimento judicial, porque as partes até então não o haviam feito. Tal comportamento, ademais, está em linha com a necessidade de evitar que as partes sejam surpreendidas pelas manifestações judiciais, o que tem motivado alguma jurisprudência brasileira, por exemplo, a nulificar processos judiciais.

Nesse caso, os fatos ocorreriam na linha referida pelo artigo 508º do CPC: Art. 508.º “1. Findos os articulados, o juiz profere, sendo caso disso, despacho destinado a: b) Convidar as partes ao aperfeiçoamento dos articulados, nos termos dos números seguintes. [e entre as possibilidades indica que] 3. Pode ainda o juiz convidar qualquer das partes a suprir as insuficiências ou imprecisões na exposição ou concretização da matéria de facto alegada, fixando prazo para a apresentação de articulado em que se complete ou corrija o inicialmente produzido. [e estabelece que] 4. Se a parte corresponder ao convite a que se refere

o número anterior, os factos objecto de esclarecimento, aditamento ou correcção ficam sujeitos às regras gerais sobre contraditoriedade e prova.

Na segunda situação descrita, igualmente estaria presente o princípio da cooperação, mas já aí implicando consequência mais profunda. Parece-me mesmo possível que, vindo os elementos de prova a indicar fato suficiente a ensejar a nulidade (ou seja, na minha leitura, uma causa fática de nulidade), o juiz possa identificar esse mesmo fato e sua possível consequência e, a partir daí, convidar as partes a se manifestarem. Na hipótese de o autor entender que aí esteja presente um novo fundamento legal para nulificação do ato em discussão, poderá requerer que sobre ele se pronuncie o juízo. Do mesmo modo e no sentido contrário, o demandado terá oportunidade de contrariar essa conclusão judicial precária, afirmando o que entender cabível quanto ao fato e sua qualificação jurídica. Nesse caso, então, não haveria prejuízo processual às partes, tampouco inobservância do princípio dispositivo ou da limitação do pronunciamento do juiz aos limites decorrentes da iniciativa das partes.

Uma consideração final sobre o dispositivo conduz, ainda, a uma interpretação corretiva, no sentido de se concluir que, em ambas as situações descritas, o juiz sempre terá de ouvir as partes, porque sempre o exigirá o respeito ao contraditório. A não ser assim, a norma carece completamente de sentido.

6.5.4. Desse modo posta a questão, conclui-se, em acréscimo, que a figura em causa não deve ser tida como propriamente derivada de um processo objetivista, mas como decorrente de um princípio – o da cooperação – também aplicável ao processo civil, e mesmo originário dele, ainda que, como tantas vezes deve ocorrer, acabe por sofrer o influxo do fato de estar em Juízo o Poder Público. O que se quer aqui enfatizar, de modo específico, é que, em se tratando de contencioso administrativo, o princípio da cooperação tem campo ainda mais fértil para vicejar, porquanto a presença do interesse público na causa assim o impõe, de maneira a se conduzir a dicção judicial, tanto quanto possível, ao ponto mais próximo da recomposição plena do ordenamento jurídico violado. Assim, o princípio da

cooperação, em sede de contencioso administrativo, pode implicar, de um lado, uma atuação mais proativa do Poder Judiciário¹²¹ e, de outro, uma maior sujeição do ente público a deveres de colaboração.

6.6. A assunção da posição de autor por parte do Ministério Público

6.6.1. A atuação do Ministério Público acresce de importância em um processo judicial de cunho subjetivista¹²². Isso porque, por meio da ação pública e dos instrumentos de intervenção que a lei lhe reserva, o Ministério Público pode contribuir notavelmente para o equilíbrio do sistema¹²³.

O ordenamento português reserva um largo campo de atuação ao órgão, no contencioso administrativo, o qual, certamente, em algumas ocasiões pode implicar alguns excessos¹²⁴. Isso, porém, não invalida a lógica do sistema, podendo (e devendo) ser adequado por meio de uma atuação criteriosa do órgão, para o que pode contribuir uma crescente autonomização de seu funcionamento, na linha do que tem ocorrido no ordenamento brasileiro, desde a Constituição Federal de 1988.

¹²¹ No direito alemão, por exemplo, segundo anota FRANCISCO PAES MARQUES (*A efectividade...*, página 53), o juiz, identificando possa haver repercussão sobre terceiros daquela decisão a proferir em sede de contencioso administrativo, tem a faculdade de chamar esses terceiros a participar da demanda. Sugerindo que o direito português adotasse sistemática similar, veja-se ANTUNES, Luís Filipe Colaço. “Esboço de uma teoria...”, páginas 76 e 90-91. No Brasil, diferentemente, em uma situação do gênero, abrir-se-ia a possibilidade de o juiz ordenar que o autor promovesse a citação, nos termos do artigo 47, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Todavia, o julgador não integraria esse terceiro ao processo, apenas indicaria ao autor que, se não o fizesse, a demanda seria extinta sem apreciação de mérito. Sobre a hipótese: BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, páginas 139-142.

¹²² Defendendo idêntica compreensão, mas vendo na hipótese um paradoxo (com o que especificamente não concordo), conferir ANTUNES, Luís Filipe Colaço. “A reforma do contencioso administrativo”. Página 113.

¹²³ Talvez por isso se chegue mesmo a entender que o Ministério Público teve os poderes processuais acrescidos, inclusive no que concerne ao ajuizamento da demandas e no requerimento de produção de provas (cfr. MACHETE, Rui Chancerelle de. “Execução de sentenças administrativas”. Página 57).

¹²⁴ Para VASCO PEREIRA DA SILVA (“Vem aí a reforma do contencioso administrativo (!?)”, p. 15), seria caso de “*excesso de protagonismo do Ministério Público*”, a possibilidade de arguição de vícios não alegados pelas partes. Não me parece seja assim. O interesse público conduz a que tal possibilidade de intervenção seja oportuna, cabendo, contudo, postular parcimônia no manejo dessa faculdade-dever.

O CPTA, no seu artigo 62^o¹²⁵, permite ao Ministério Público que, em qualquer ação especial, assuma a posição do autor, pedindo o prosseguimento do feito, desde que o faça antes do trânsito em julgado da decisão que extinga o feito por força de desistência ou outra circunstância própria do autor. Fazendo referência que, como anotado por SÉRVULO CORREIA¹²⁶, essa possibilidade estava afastada no anteprojeto do CPTA discutido no ano de 2000, tenho que em geral andou bem o legislador ao manter a possibilidade, vinda do direito anterior¹²⁷.

6.6.2. Da natureza objetiva do mecanismo é desnecessário falar. A primeira consequência da previsão da possibilidade aqui em causa é a percepção de que ainda se mantém a ideia de que possa existir interesse público na correção de eventual ilegalidade de ato administrativo mesmo quando os interesses particulares imediatamente identificáveis encontrem o caminho da convergência¹²⁸.

Especial interesse na figura decorre da circunstância de, no Brasil, a possibilidade de prossecução da demanda por iniciativa do Ministério Público restringir-se a situações específicas, nas ações populares¹²⁹⁻¹³⁰ e nas ações civis públicas¹³¹.

¹²⁵ “Artigo 62.º - Prossecução da acção pelo Ministério Público - 1 - O Ministério Público pode, no exercício da acção pública, assumir a posição de autor, requerendo o seguimento de processo que, por decisão ainda não transitada, tenha terminado por desistência ou outra circunstância própria do autor. 2 - Para o efeito do disposto no número anterior, o juiz, uma vez extinta a instância, dará vista do processo ao Ministério Público.”

¹²⁶ “O recurso contencioso no projecto da reforma: tópicos esparsos”, página 15.

¹²⁷ MACHETE, Rui Chancerelle de. “Execução de sentenças administrativas”. Página 57.

¹²⁸ Nessa linha é que se compreende a afirmação de DIOGO FREITAS DO AMARAL e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA no sentido de que a estipulação dessa competência em favor do Ministério Público tenha o escopo de combater o risco de “a questão da validade ou invalidade de um acto administrativo [se transformar] num valor livremente transacionável de acordo com critérios práticos de composição de litígios” (*Grandes linhas da reforma do contencioso administrativo*, página 20).

¹²⁹ Lei número 4.717/1965, artigo 9º: “Se o autor desistir da ação ou der motivo à absolvição de instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação.”

¹³⁰ Com a observação de que, na ação popular, mais uma vez com a clara intenção de evitar conluios ou prevalência de interesses particulares, prevê-se deva o Ministério Público requerer a execução do julgado, na hipótese de omissão do autor por 60 (sessenta) dias da publicação da decisão de segundo grau (artigo 16 da Lei 4.717/1965).

¹³¹ Lei número 7.347/1985, artigo 5º, § 3º: “Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.”

A utilidade do instrumento, como meio de controle da legalidade¹³², é também evidente, inclusive com vistas a evitar riscos de colusão, corrupção e prejuízo aos cofres públicos.

São, contudo, também evidentes os riscos decorrentes do uso inadequado do instrumento, o qual não pode ser banalizado, fazendo remanescer demanda judicial carente de finalidade. Seria conveniente que, em qualquer dos sistemas, fosse exigido pedido fundamentado para a prossecução da demanda, tal como vem fazendo a jurisprudência brasileira relativamente a casos de resistência do réu à desistência formulada pelo autor posteriormente ao prazo de contestação.

6.7. Execução alargada

6.7.1. A doutrina portuguesa tradicional propugnava, anteriormente à edição do CPTA, que, diante da suposta limitação dos provimentos judiciais possíveis no âmbito do recurso de anulação, que figurava como instrumento central e dominante do contencioso administrativo de então, o particular não poderia pedir, no processo declarativo, a imposição da prática dos atos devidos e a adoção das providências de recomposição do direito. Isso, segundo aquela mesma doutrina, apenas poderia ser obtido por meio do manejo do processo executivo, sendo este dotado de uma feição declarativa (conforme defendido, por exemplo, por FREITAS DO AMARAL e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA¹³³) e destinado a completar a tutela limitada a que se prestaria o recurso anulatório.

A despeito de VASCO PEREIRA DA SILVA, acertadamente em meu sentir, ponderar que já naquela época a Constituição impunha uma outra leitura dos instrumentos processuais de então¹³⁴, de modo a se poder minimamente realizar a determinação constitucional da existência de uma jurisdição voltada à garantia dos direitos dos particulares, o fato é que predominava essa visão restritiva do recurso de anulação e suas virtualidades.

¹³² Referindo-se a essa finalidade no procedimento da ação popular no Brasil, ver GRINOVER, Ada Pellegrini. "A ação popular portuguesa: uma análise comparativa", página 254.

¹³³ *Grandes linhas...*, página 91.

¹³⁴ Cfr. *Para um contencioso administrativo dos particulares*, páginas 218-219, em que destacava que a sentença de anulação tinha efeitos para além da mera anulação do ato.

Com a edição do CPTA e superada a figura do recurso administrativo¹³⁵, com o estabelecimento de um processo de plena jurisdição¹³⁶, em que os poderes atribuídos ao juiz estão bem longe de se limitarem ao efeito derogatório do ato administrativo, é certo que o particular pode, em seu pedido inicial, com ampla possibilidade de cumulação (efetiva ou aparente) de pedidos¹³⁷, postular todas as possíveis atuações necessárias à reparação de seu direito.

A despeito disso¹³⁸, o CPTA, no artigo 47º, nº 3, expressamente prevê que “*A não formulação dos pedidos cumulativos mencionados no número anterior não preclui a possibilidade de as mesmas pretensões serem accionadas no âmbito do processo de execução da sentença de anulação*”. E, mais adiante, quando o CPTA regula o processo executório, podem-se perceber diversas disposições que conduzem a que, no processo executivo mesmo, sejam proferidas diversas pronúncias de carácter complementar à sentença e de feição declarativa, pressupondo algumas, até, algum juízo de cognição de fatos.

Algumas questões, nesta altura, impõem-se.

- (a) Justifica-se a previsão de normas do gênero, notadamente daquela que habilita o autor a formular, na execução, pedidos que poderia (ou até deveria) haver formulado no processo declarativo?
- (b) Qual o sentido que se pode extrair da norma do artigo 47º, nº 3, do CPTA e daquelas várias outras que pressupõem uma espécie de complementação do pedido em sede de processo executivo?
- (c) É possível obter dessa sistemática processual algum valor positivo em face das características da Administração contemporânea?

¹³⁵ A despeito de ter havido alguma resistência ao abandono do nome (assim, por exemplo, CORREIA, J. M. Sérvulo. “O recurso contencioso no projecto da reforma: tópicos esparsos”, p. 12; “Unidade ou pluralidade de meios processuais principais no contencioso administrativo”. Páginas 30-31).

¹³⁶ Cfr. MACHETE, Rui Chancerelle de. “Execução de sentenças administrativas”. Páginas 54-55; SILVA, Vasco Pereira da. “Todo o contencioso administrativo se tornou de plena jurisdição”, *passim*.

¹³⁷ Aplicação do princípio da livre cumulação de pedidos (cfr. AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Mário Aroso. *Grandes linhas...*, páginas 67 e seguintes).

¹³⁸ Como anota RUI MACHETE (“Execução...”, p. 59), o CPTA teria se mantido “fiel à tradição da execução das sentenças do contencioso do tipo francês”, o que o autor entende adequado “pela tradição e por razões pragmáticas” (sendo que estas últimas ele não cuidou de enunciar). Parece-me, como se verá, que a previsão pode ter utilidade que supera a simples manutenção da tradição.

(d) Pode-se dizer que o processo executivo, no CPTA, tem natureza declarativa ou antes é mesmo executivo, tal como o nome indica?

6.7.2. Antes de responder às perguntas formuladas, anoto que essa sistemática em discussão atende aos requisitos de eleição anteriormente referidos. Essa execução que aqui nomino como “alargada”, em contraposição àquela que tradicionalmente se limita a fazer cumprir, de modo estrito, as ordens expressamente contidas na sentença, advém do sistema anterior. É mesmo um produto dos defeitos do sistema anterior, desde que, como visto, servia para ultrapassar, pelo menos em parte, as dificuldades criadas por um provimento judicial que era tido como dotado de possibilidades muito restritas de satisfação do direito declarado. A questão, aqui, ao final, será saber se, mais uma vez, escreveu-se Direito por linhas tortas.

6.7.3. Para poder perceber se esse tipo de execução pode ter alguma utilidade em face das características da Administração contemporânea e se apresentaria alguma virtualidade diante da lógica processual brasileira, será necessário responder às perguntas formuladas.

Em primeiro lugar, tenho que, de fato, a manutenção da regra em tela, pela qual o autor pode postergar o pedido de efetiva satisfação de seu direito, contentando-se de início apenas com uma respectiva declaração judicial, efetivamente soa estranha. Todavia, a norma está no CPTA e dali se deve extrair, salvo se conclua pela absoluta impraticabilidade sistemática, algum efeito jurídico.

DIOGO FREITAS DO AMARAL e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA defendem, então, que dita norma estabelece uma faculdade para o promovente da demanda, que estaria autorizado a assim agir de acordo com sua livre opção¹³⁹. Talvez por força da previsão, nas disposições que regem o processo executivo, de diversas pronúncias de caráter complementar à sentença e de feição declarativa e certamente em razão de algum apego às lições aduzidas sob o direito anterior, os mesmos autores dão a entender que o procedimento usual ainda seja, ou deva ser, que o autor se limite, inicialmente, ao pedido de anulação do ato de conteúdo

¹³⁹ *Grandes linhas...*, páginas 76-77.

positivo. É o que se conclui de sua afirmação no sentido de que o novo CPTA permitiria que o promovente “*por antecipação*”¹⁴⁰, cumulasse pedidos de restabelecimento da situação jurídica precedente ao comportamento questionado e de adoção de atos outros.

Já VASCO PEREIRA DA SILVA¹⁴¹ entende que, a rigor, a inocorrência da dedução plena do pedido possível já no processo declarativo apenas poderia ser fruto de uma “*conduta negligente do autor*” ou o resultado de um “*insucesso escolar do patrocinador judiciário*”. Pondera, então, que, se mantida a norma, o seu efeito útil deveria ser a aplicação a situações especiais, em que ausentes estivessem os elementos necessários à fixação do objeto ou da quantidade da condenação, tal como ocorreria em uma ação indenizatória cuja correspondência em dinheiro não pudesse ser conhecida à partida. Ou seja, a norma em referência teria um efeito de introduzir um processo que no Brasil seria aquele de liquidação da sentença.

A primeira observação que faço é que a estranheza quanto à norma referida é acrescida quando observado o teor do artigo 51º, nº 4, do mesmo CPTA, que estabelece que se o autor, contra um ato de indeferimento administrativo de pretensão, formular pedido de “*estrita anulação*”, o Judiciário o deve convidar a emendar a peça, formulando o “*adequado pedido de condenação à prática do acto devido*”.

Ora, o que se percebe pela leitura do dispositivo é que o legislador do CPTA não estava, naquela ocasião, desatento à circunstância de que a formulação de um pedido de extensão menor do que a possível para garantia efetiva do direito pode resvalar para uma demonstração de carência de ação, por falta de interesse jurídico no pedido deduzido.

Essa consequência, contudo, não se pode pretender quanto ao pedido decorrente da anulação de um ato administrativo sem que se formulem os pedidos cumulativos que seriam possíveis, exatamente porque a norma em foco autoriza a postulação nesses termos. Assim, não vejo seja possível extrair consequências desfavoráveis ao autor por força de haver optado, em melhor ou pior estratégia, por se omitir de formular um pedido pleno.

¹⁴⁰ Cfr. *Grandes linhas...*, página 70.

¹⁴¹ *O contencioso administrativo...*, 2ª edição, páginas 328-329

Ultrapassado esse ponto e admitindo até que a norma em causa tenha sido editada como reminiscência de um passado que poderia, ou deveria, ser superado, parece-me que “do limão se pode fazer uma limonada”. Explico.

É que se apresenta bem mais comum do que pode à primeira vista parecer que a parte não consiga (ou não possa) prever, quando proposta a ação, as muitas consequências advindas daquele ato impugnado. Isso talvez até venha a ser ainda mais comum quanto mais procedimentalizado seja o funcionamento da Administração pública. Uma norma do gênero, então, poderia apresentar-se adequada para obter essa necessária plasticidade de um processo que, tal como observado de VASCO PEREIRA DA SILVA¹⁴², não mais se refere a um ato “perfeito” ou a um “único momento” do relacionamento entre particular e Administração¹⁴³.

A interpretação que aqui advogo procura entrever maiores virtualidades na norma. Isso porque entendo seja acanhada aquela interpretação que limita a utilidade da norma às hipóteses de ausência dos dados necessários ao estabelecimento do objeto específico ou da expressão financeira da condenação. A leitura ora proposta é também adequada a outra elogiada norma do CPTA, precisamente aquela do artigo 63º, que prevê a possibilidade de ampliação do objeto do processo para incluir a impugnação de outros atos administrativos que tenham sido praticados no curso do andamento do feito¹⁴⁴.

Chega-se, então, finalmente, à quarta pergunta antes formulada. Essa previsão faz com que a natureza do processo executivo seja, ao final, declarativa?

DIOGO FREITAS DO AMARAL e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, firmes na doutrina tradicional, vêem, na execução das sentenças de anulação de atos administrativo, um “*processo especial, declarativo, autónomo*”¹⁴⁵.

¹⁴² “‘O nome e a coisa’...”, página 38.

¹⁴³ COLAÇO ANTUNES (“A reforma do contencioso administrativo”, p. 106), referindo-se especificamente à execução dos julgados, anotava, anteriormente à edição do CPTA, que “*O juízo administrativo não deve ser uma espécie de hortus conclusus, isolado do fluxo ininterrupto da actividade administrativa*”.

¹⁴⁴ Artigo 63.º - Modificação objectiva de instância - 1 - Quando por não ter sido decretada, a título cautelar, a suspensão do procedimento em que se insere o acto impugnado, este tenha seguimento na pendência do processo, pode o objecto ser ampliado à impugnação de novos actos que venham a ser praticados no âmbito desse procedimento, bem como à formulação de novas pretensões que com aquela possam ser cumuladas.

¹⁴⁵ *Grandes linhas...*, página 91.

Não me parece que seja assim. O desenho dado pelo CPTA ao processo executivo faz jus ao nome. É um processo voltado, primeiramente, à execução da ordem judicial proferida no processo declarativo, a ser manejado na hipótese de não sobrevir cumprimento espontâneo por parte da Administração. A confirmar isso, vejam-se os vários e veementes instrumentos de coerção voltados à satisfação efetiva do direito postulado e declarado, apresentando-se as soluções indenizatória ou substitutiva como alternativas últimas, cabíveis em situações restritas.

Nem se diga que resposta contrária se imponha pela circunstância de estarem presentes, no processo, momentos de cognição e de manifestação judicial. É que, como observa JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE¹⁴⁶, referindo-se ao processo brasileiro, mas com plena aplicabilidade aqui, mesmo em um processo limitado à direta e restrita imposição do comando judicial, há conhecimento e decisão. O que ocorre é que no processo executivo essa feição não é preponderante ou, dizendo melhor, tais tarefas não se afiguram como a finalidade do processo.

6.7.4. Do que anteriormente aduzi, já se pode ver que a interpretação proposta é adequada às características da Administração contemporânea, notadamente em face do valor que se deve atribuir à relação jurídica administrativa e ao procedimento administrativo.

6.7.5. No que respeita ao interesse brasileiro acerca da figura, tenho que também já se apresenta justificado. Cabe, porém, acrescentar dois pontos. Um comentário *a latere* e outro efetivamente vinculado ao objeto do trabalho.

O comentário *a latere* tem a ver com uma comparação dos nomes dos institutos em Portugal e no Brasil.

Em Portugal, talvez por efeito do passado objetivista, prevê-se uma certa “execução voluntária” da sentença, no que me pareceria mais próprio de um processo que se percebesse como inserido na atuação administrativa, como uma continuidade da atuação administrativa (e vice-versa). No Brasil, no âmbito de

¹⁴⁶ “Cognição e decisões do juiz no processo executivo”, página 364 e *passim*.

mais uma daquelas reformas processuais que há nada menos do que 15 (quinze) anos vêm atingindo o Código de Processo Civil, a denominação geral foi alterada de “processo de execução” para “fase de cumprimento”, sem que disso decorra uma mudança mais significativa de conteúdo. Parece-me que houve uma troca de nomes. “Execução voluntária” nada mais é do que “cumprimento”; “cumprimento forçado” nada mais é do que “execução”.

Feita essa observação a título de mera curiosidade, resta dizer que, a meu sentir, o processo civil aplicado à Administração Pública no Brasil¹⁴⁷ se ressentir, quanto à execução de sentenças relacionadas a atos administrativos, de uma disciplina que atenda às especificidades do direito aplicado. Neste ponto em especial são muitos os aspectos que mereceriam atenção, inclusive aqueles relacionados aos fatos posteriores à propositura da ação, aos fatos posteriores à sentença e a eventuais fundamentos de inexecução válida da condenação. A aplicação de um processo em que o pedido é interpretado estática e restritivamente, a sentença é interpretada estática e restritivamente e a execução se limita ao atendimento das específicas ordens referidas no comando condenatório talvez seja insuficientemente operativo para um relacionamento especialmente dinâmico como é aquele entre Administração e particular.

Todavia, considerado o direito processual civil brasileiro, por força dos limites da litiscontestação, da interpretação restritiva do pedido e da sentença e das possibilidades do processo de cumprimento da sentença, longe parece estar, por exemplo, o momento em que se admitirá, salvo exceções pontuais, seja alvo de uma consequência direta de uma sentença um ato qualquer posterior a ela.

¹⁴⁷ Quando uso essa expressão, no lugar das mais acertadas “direito processual público” ou “contencioso administrativo”, pretendo destacar a circunstância de que o processo administrativo no Brasil ainda não alcançou um grau de especialização e desenvolvimento que autorize sua compreensão desvinculada do processo civil comum. E não porque falem razões para isso. Este relatório, ainda que superficialmente, indica que não faltam, diante das características específicas da atuação administrativa contemporânea, em muito distintas das relações entretidas por pessoas de direito privado, demonstra a pertinência de regramento diferenciado. Não se está, então, pensando aqui em um processo civil de excepcionais, mas sim no cabimento da existência de um sistema processual próprio, com valores próprios (seguindo as pistas de VASCO PEREIRA DA SILVA. “Todo o contencioso administrativo...”, p. 28).

7. CONCLUSÕES

7.1. Parece-me haver, então, ficado claro que, para a configuração de um processo administrativo adequado, imperioso que se tome na devida conta o fato de estar em juízo a Administração (*rectius*: na verdade o fato de se discutir judicialmente um possível interesse público).

Não com isso querendo significar que devam ser elevados óbices à litigiosidade, ressalvas ao contraditório, privilégios ou favores em favor de uma das partes. Bem ao contrário, o processo deve ter como norte o objetivo de revelação e atendimento ao verdadeiro interesse público, isso muitas vezes implicando encargos acrescidos àquele litigante que, em face mesmo de sua razão de existir, tem de se mover na observância de uma série de princípios jurídicos que lhe são próprios.

O processo voltado à solução das causas que envolvem o comportamento administrativo, seja ele um processo civil comum com regras de especialidade (como ocorre no Brasil) ou um contencioso administrativo de cunho subjetivista (como se vê proclamado em Portugal), não pode deixar de tomar em consideração as especificidades do direito material a que se reporta.

Algumas figuras, embora estando presentes no processo civil, têm, quando aplicadas ao processo administrativo, uma feição própria. Aqui me refiro, a título de exemplificação, a aspectos como o princípio da instrumentalidade do processo, a liberdade de direção do processo pelo juiz, o princípio da colaboração, a amplitude da dilação probatória, as presunções em geral¹⁴⁸, o campo de atuação facultado aos assim denominados terceiros¹⁴⁹, a amplitude da legitimação processual ativa¹⁵⁰ etc.

¹⁴⁸ Cfr. Cfr. BUENO, Cassio Scarpinella. "A emergência do Direito Processual Público". Página 35; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*, p. 95.

¹⁴⁹ Nesse ponto, o fato de a Administração contemporânea ser prospectiva conduz, como visto, a que necessariamente sua atuação implique consequências sobre terceiros, muitas vezes não visados diretamente pelo comportamento. Essa é, inclusive, uma consequência necessária de suas obrigações de distribuição, redistribuição, destinação e repartição de recursos, tal como observa FRANCISCO PAES MARQUES (*A efetividade...*, p. 44). É evidente, então, que o processo judicial que se refira a tais atuações não se contenta com os parâmetros mais restritos do processo civil comum, de feição predominantemente bilateral.

¹⁵⁰ Cfr. BUENO, Cassio Scarpinella. "A emergência do Direito Processual Público". Página 39-40.

O processo é sempre um instrumento voltado a um fim. O que aqui se defende é que, a rigor, os fins do contencioso administrativo não são exatamente os mesmos do processo civil. Parece-me mesmo ser o caso de defender que os fins do contencioso administrativo sejam mais alargados quando comparados com aqueles próprios do processo civil comum, exatamente em razão do interesse público que lhe subjaz (do interesse verdadeiramente público e não de um qualquer interesse eleito e vocalizado por um agente público específico) e, por consequência, dos distintos princípios que lhe são aplicáveis¹⁵¹. Essa diferenciação deve, a meu sentir, ser um vetor axiológico na interpretação e aplicação específica das normas do contencioso administrativo.

Por isso tudo, não devem ser desprezadas as contribuições da “infância difícil” do contencioso administrativo, com as devidas adaptações a uma diferente percepção da missão primeira do processo, que é, em um ordenamento que erige a dignidade da pessoa humana como base do Estado, a garantia dos direitos dos indivíduos.

7.2. Percorrido o *iter* de investigação inicialmente proposto, pareceu-me que as conclusões parciais que foram avançadas ao longo do trabalho não foram aquelas inicialmente previstas.

Algumas figuras investigadas, a despeito de guardarem sempre alguma feição objetivista, são muito mais próximas do presente e do futuro do direito administrativo da Administração prospectiva do que derivadas do passado objetivista, afeito à Administração agressiva. Refiro-me aqui àqueles institutos tratados nos itens 6.2 (impugnação de normas administrativas), 6.3. (litigância interna) e 6.4. (declaração de ilegalidade por omissão), por exemplo.

Quanto à assunção da posição de autor por parte do Ministério Público (item 6.6), percebe-se que o instrumento, a despeito de ter feição objetivista e de

¹⁵¹ Cfr. SUNDFELD, Carlos Ari. “O direito processual e o direito administrativo”, p. 16. Há, todavia, de se fazer aqui um reparo. É que, em tal passagem, o autor justifica a especialidade do processo em razão “da qualidade dos sujeitos que dele fazem parte”, quando não é bem disso que se trata. Não é o fato de estarem em Juízo entes públicos o que determina a especialidade. O que impõe o manejo de instrumentos próprios e de princípios especiais é, antes de mais, a presença e a discussão, no processo judicial, de interesses públicos.

ser trazido do direito anterior, é valioso exatamente para contrabalançar a subjetivização do processo como um todo.

Por fim, relativamente à possibilidade de identificação de causas de invalidade pelo juiz (item 6.5) e à execução alargada (item 6.7), tenho que efetivamente podem ter tido gênese no processo objetivista, mas contam com virtualidades apropriadas às características da Administração contemporânea.

O que se extrai como conclusão, porém, não é um total afastamento da hipótese de partida (possíveis aquisições do passado difícil), mas antes a circunstância de que a especialização do contencioso administrativo e a internalização de uma missão institucional de imposição da integridade do ordenamento jurídico conduziram ao desenvolvimento e ao surgimento de figuras processuais próprias, que podem ser muito valiosas diante dos desafios decorrentes das condições em que se dá a atuação administrativa nos dias que correm.

Lisboa, setembro de 2009

8. BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Mário Aroso de. *Grandes linhas da reforma do contencioso administrativo*. Reimpressão da 3ª edição. Almedina. Coimbra, 2007

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *Para um contencioso administrativo de garantia do cidadão e da Administração - tradição e reforma*. Almedina. Coimbra, 2000.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. "O esquecimento do interesse público no direito administrativo". *O Direito Administrativo e a sua Justiça no início do século XXI – algumas questões*. Almedina. Coimbra, 2001. Páginas 11-67.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. "Esboço de uma teoria das partes no processo administrativo". *O Direito Administrativo e a sua Justiça no início do século XXI – algumas questões*. Almedina. Coimbra, 2001. Páginas 69-95.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. “A reforma do contencioso administrativo”. *O Direito Administrativo e a sua Justiça no início do século XXI – algumas questões*. Almedina. Coimbra, 2001. Páginas 97-121.

ÁVILA, Humberto. “Repensando o ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o particular’”. In SARMENTO, Daniel (organizador) *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005. Páginas 171-215

BRITO, Thomás Raimundo. “Mandado de Injunção: a alvissareira possibilidade de modificação do entendimento do STF e a necessidade de concreção das normas constitucionais”. *Constitucionalismo – Os desafios no terceiro milênio*. Fórum. Belo Horizonte, 2008. Páginas 465-485.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Cognição e decisões do juiz no processo executivo”. *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2006. Páginas 358-378.

BINENBOJM, Gustavo. “Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo”. In SARMENTO, Daniel (organizador) *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005. Páginas 117-169

BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. 2ª edição. Saraiva. São Paulo, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. “A emergência do Direito Processual Público”. *Direito Processual Público – A fazenda pública em juízo*. Malheiros. São Paulo, 2005. Páginas 31-44.

CORREIA, Fernando Alves. “A impugnação jurisdicional de normas administrativas”. *Cadernos de Justiça Administrativa*, número 16. Julho/agosto-1999. Páginas 16-27.

CORREIA, J. M. Sérvulo. “Prefácio a Francisco Paes Marques”. MARQUES, Francisco Paes. *A efectividade da tutela de terceiros no Contencioso Administrativo*. Almedina. Coimbra, 2007. Páginas 7-16.

- CORREIA, J. M. Sérvulo. *Direito do Contencioso Administrativo*. Volume I. Lex. Lisboa, 2005.
- CORREIA, J. M. Sérvulo. “Unidade ou pluralidade de meios processuais principais no contencioso administrativo”. *Cadernos de Justiça Administrativa*. Número 22 – Julho/Agosto 2000. CEJUR. Braga, 2000. Páginas 23-35.
- CORREIA, J. M. Sérvulo. “O recurso contencioso no projecto da reforma: tópicos esparsos”. *Cadernos de Justiça Administrativa*. Número 20 – Março/Abril 2000. CEJUR. Braga, 2000. Páginas 12-17.
- COSTA, José Manuel M. Cardoso da. *A jurisdição constitucional em Portugal*. 3ª edição. Almedina. Coimbra, 2007.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 7ª edição. Dialética. São Paulo, 2009.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. “Algumas Questões sobre as *Astreintes* (Multa Cominatória)”. *Revista Dialética de Direito Processual*. Número 15. São Paulo, 2004.
- GARCIA, Emerson. “Dignidade da pessoa humana: referenciais metodológicos e regime jurídico”. *Revista do Ministério Público*. Ministério Público do Rio de Janeiro. Número 26, julho/dezembro-2007. Rio de Janeiro, 2007. Páginas 79-105.
- GONÇALVES, Pedro. “A justiciabilidade dos litígios entre órgãos da mesma pessoa colectiva pública”. *Cadernos de Justiça Administrativa*. Número 35 – Setembro/Outubro 2002. Páginas 9-23.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. “A ação popular portuguesa: uma análise comparativa”. *Lusíada*. Número especial. I Congresso Internacional de Direito do Ambiente da Universidade Lusíada – Porto. Porto, 1995. Páginas 231-260.
- GUASTINI, Riccardo. “Problemas dogmáticos de los derechos fundamentales en la Constitución italiana”. *Estudios en homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba. Volumen III: Teoría de la Justicia y derechos fundamentales*. Editorial Dykison. Madrid, 2008. Páginas 667-684.
- MACHETE, Rui Chancerelle de. “Execução de sentenças administrativas”. *Cadernos de Justiça Administrativa*. Número 34. Julho/agosto 2002. Páginas 54-64.
- MARQUES, Francisco Paes. *A efectividade da tutela de terceiros no Contencioso Administrativo*. Almedina. Coimbra, 2007.

- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. RT. São Paulo, 1992.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20ª edição. Malheiros. São Paulo, 2006.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Reedição. Editora Almedina. Coimbra, 2006.
- OTERO, Paulo. “A impugnação das normas no anteprojeto de Código de Processo nos Tribunais Administrativos”. *Cadernos de Justiça Administrativa*. Número 22.
- OTERO, Paulo. “Os Contra-interessados em Contencioso Administrativo: Fundamento, Função e Determinação do Universo em Recurso Contencioso de Acto Final de Procedimento Concursal”. *Estudos em Homenagem ao Professor Rogério Soares*. Coimbra. Coimbra, 2002. Páginas 1073-1102.
- SARMENTO, Daniel. “Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional”. In SARMENTO, Daniel (organizador) *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005. Páginas 23-116.
- SCHIER, Paulo Ricardo. “Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais”. In SARMENTO, Daniel (organizador) *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005. Páginas 217-246.
- SILVA, Paula Costa e. “O manto diáfano da personalidade judiciária”. *O Direito*. Ano 140º, III. Almedina. Coimbra, 2008. Páginas 575-602.
- SILVA, Vasco Pereira da. *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise - Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo*. 2ª edição. [Almedina](#). Coimbra, 2009.
- SILVA, Vasco Pereira da. *Para um contencioso administrativo dos particulares: esboço de uma teoria subjectivista do recurso directo de anulação*. Almedina. Reimpressão da edição original de 1997. Coimbra, 2005.
- SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Almedina. Reimpressão da edição original de 1995. Coimbra, 2003.

SILVA, Vasco Pereira da. “Vem aí a Reforma do Contencioso Administrativo (!?)”. *Cadernos de Justiça Administrativa*. Número 19 – Janeiro/Fevereiro 2000. Páginas 7-19.

SILVA, Vasco Pereira da. “‘O nome e a coisa’ – A acção chamada recurso de anulação e a reforma do contencioso administrativo”. *Cadernos de Justiça Administrativa*. Número 22 – Julho/Agosto 2000. Páginas 36-44.

SILVA, Vasco Pereira da. “Todo o contencioso administrativo se tornou de plena jurisdição”. *Cadernos de Justiça Administrativa*. Número 34 – Julho/Agosto 2002. Páginas 24-32.

SUNDFELD, Carlos Ari. “O direito processual e o direito administrativo”. *Direito Processual Público*. Malheiros. São Paulo, 2005. Páginas 15-30.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do Processo em Face da Fazenda Pública*. Dialética. São Paulo, 2003.

[voltar ao índice ▲](#)

[início do texto ▲](#)

A SUBSTITUIÇÃO JURISDICIONAL EM CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Contributos para uma compreensão dos limites compatível com o Estado Democrático de Direito

Leandro Emídio da Gama Ferreira

I

INTRODUÇÃO¹

1. O problema

I. Tão certa é a ideia de ser indispensável à prossecução dos interesses públicos que a Administração disponha, em múltiplos domínios, da possibilidade de definir

¹ I. A inexistência de bibliografia suficientemente desenvolvida sobre a matéria a que nos propusemos tratar levou-nos a proceder a um esforço de construção de uma teoria da substituição capaz de se ajustar ao Estado de Direito Democrático. Parte considerável das ideias que aqui são expostas resultam da nossa aturada reflexão e problematização do regime português, sem descurar as relações que com os outros ordenamentos se impuseram ou impõem actualmente. Como iniciante na doutrina, não anseio deter o monopólio da verdade sobre o que aqui se expõe, antes pretendo humildemente abrir pistas de reflexão para aqueles que, no futuro, se aventurarem neste percurso. O objectivo a que nos propusemos implicou, assim, uma arrumação das matérias que mais se ajustasse às conclusões a que chegámos, tendo nós preferido por abordar, conforme a ordem, a consagração da substituição, primeiro no modelo português, para em seguida verificar o problema do seu enquadramento no ordenamento jurídico. Antes da análise dos limites da substituição, numa desconstrução exegética dos conceitos, vimos ainda alguns casos erradamente equiparados à substituição, para, por fim, elaborarmos as dimensões dogmáticas do conceito de substituição jurisdicional que se ajustam ao Estado de Direito. II. O uso das expressões jurisdição, tribunal, justiça, sem a indicação de nenhum outro elemento que as adjective, e salvo contexto que lhe atribua novo sentido, deve subentender-se como querendo referir-se a administrativas. III. Abreviaturas utilizadas: CRP (Constituição da República Portuguesa), CPTA (Código de Processo nos Tribunais Administrativos), TEDH (Tribunal Europeu dos Direitos do Homem), DR (Diário da República), BMJ (Boletim do Ministério da Justiça). IV. O presente texto foi concluído em Setembro de 2009, razão pela qual não foram consideradas quaisquer alterações posteriores que possam ter ocorrido ao seu objecto.

de *per si* o Direito², como a que afirma ser hoje impossível a inexistência de um contencioso administrativo eficazmente delimitador e fiscalizador dos excessos e irregularidades da actuação administrativa. Assim como a tutela jurisdicional efectiva obriga o legislador à concessão ao poder judicial de verdadeiras prerrogativas de condenação da Administração em sede declarativa, a inexistência de mecanismos eficazes no campo da execução das decisões dos tribunais administrativos impede, igualmente, que se fale de Estado de Direito.³ A execução/cumprimento das decisões dos tribunais administrativos é, aliás, um dos sectores onde se pode testar a verdadeira efectividade do sistema de justiça administrativa, considerando que a dependência da execução à livre vontade de cumprimento do executado reduz certamente o domínio da jurisdição administrativa.⁴

Foi a evolução dos Estados de Direito e a afirmação das sociedades infra-estruturais,⁵ com a consequente complexificação das relações sociais,⁶ verificados com preponderância na segunda metade do século passado, que exigiram que o

² Vide, a respeito, **ALMEIDA**, Mário Aroso de. *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*. 4ª ed. revista e actualizada, Lisboa, Almedina, 2005, p. 115.

³ Cfr., nestes termos, **BOTELHO**, José Manuel Santos. *O acto e as novas pretensões condenatórias no processo administrativo na perspectiva da execução do julgado anulatório*. In *O Acto no contencioso administrativo: Tradição e reforma. Colóquio Luso-espanhol*. **ANTUNES**, Colaço; **MORENO**, Sáinz (coordenadores). Lisboa, Almedina, 2005, p. 297.

⁴ Se não se põem nas mãos dos juízes os instrumentos e meios próprios para a efectividade dos seus comandos, tal argumentação reduz-se a um valor puramente semântico e, se se quiser, de tranquilização de consciência. Cfr. **BOTELHO**, José Manuel Santos. *Op. cit.*, p. 313.

⁵ Com uma perspectiva de forte influência da tradição do sistema britânico, sob *sedução* exercida pelo modelo anglo-saxónico, com importação consciente ou inconsciente de meios de controlo jurisdicional da actividade da Administração Pública como o *prerogative remedy* e a possibilidade de *appeal*, vide **PORTOCARRERO**, Maria Francisca. *Reflexões sobre os poderes de pronúncia do tribunal num novo meio contencioso – A acção para a determinação da prática de acto administrativo legalmente devido –*, Na sua configuração no art.º 71.º do CPTA. Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 67, I, Lisboa, 2007, pp. 343, 344, 349; **MELO**, Barbosa de. *Parâmetros constitucionais da justiça administrativa*. In *Reforma do contencioso administrativo: O debate universitário (trabalhos preparatórios)*. Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e de Planeamento. Lisboa, Coimbra Editora, 2003, vol. I, pp. 390, 391.

⁶ Foi a multiplicação, por um lado, dos actos favoráveis vinculados – sobretudo das autorizações recognitivas e dos actos de “verificação constitutiva” – e, por outro, dos condicionamentos às actividades privadas pela Administração e das actividades prestativas ou constitutivas no desempenho da função administrativa que deram início a uma transformação dos interesses dos particulares junto da Administração, de estáticos ou opositivos próprios do Estado liberal para dinâmicos ou pretensivos. Cfr., nestes termos, **AMORIM**, João Pacheco de. *A substituição judicial da Administração na prática de actos administrativos devidos*. In *Reforma do contencioso administrativo: O debate universitário (trabalhos preparatórios)*. Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e de Planeamento. Lisboa, Coimbra Editora, 2003, vol. I, pp. 479, 480.

sistema de origem francesa – que com localização histórica mais recuada servia uma sociedade e Administração inertes – cedesse espaço, cada vez mais significativo, ao seu modelo oposto de protecção plena dos cidadãos, ante uma Administração privilegiada pela titularidade da agressividade e do uso da autoridade para a prossecução da sua actividade.⁷ A condição de dependência em que os particulares se encontravam em relação a actos administrativos ampliativos dos seus direitos e interesses subjectivos, fossem eles meramente favoráveis, fossem de prestação, colocou-os em posição de fragilidade, para a qual os meios de tutela existentes em sistemas ligados às estruturas básicas do contencioso de anulação não providenciavam mais uma tutela satisfatória e que fosse capaz de garantir os seus efeitos.⁸

Nessa mudança, os poderes reconhecidos aos juízes administrativos nos vários Estados têm variado em diversos níveis, conforme os domínios sobre que incidam, desde um primário ou inicial, de mera anulação do acto contrário aos interesses do particular, um intermédio, de anulação e condenação da Administração à prática do acto, a um extremo, de prolação de sentenças substitutivas de actos administrativos. Para esse último sentido parecem ter-se inclinado as recentes alterações dos contenciosos a nível da Europa ao admitirem a substituição jurisdicional em caso de impossibilidade de se obter da Administração a satisfação dos interesses legítimos dos particulares.^{9/10} Em Portugal, este novo rosto do contencioso resultou da “Reforma” empreendida nos primeiros anos da presente década.

⁷ Um recurso de anulação já não correspondia nem se adequava ao funcionamento das dinâmicas sociedades actuais, já não constituía um meio processual adequado a uma tutela adequada dos direitos e interesses legítimos dos particulares. A sentença retirava os efeitos resultantes do acto administrativo, mas colocava o particular na mesma situação em que ele se encontrava, sem que daí resultasse uma proibição de actuação futura da administração, excepto pela criação jurisprudencial posterior dos efeitos impeditivos sobre a actuação da administração.

⁸ Vide **FÁBRICA**, Luís. *A acção para o reconhecimento de direitos ou interesses legalmente protegidos*. In Boletim do Ministério da Justiça, n.º 365, pp. 22 e ss., 58; **PORTOCARRERO**, Maria Francisca. *Op. cit.*, p. 346.

⁹ Com especial cuidado, no entanto, se apresentam as obrigações de produção normativa, por constituírem um espaço constitucionalmente reservado. Sobre elas, não há mecanismos de o poder judicial substituir-se à Administração. **FELIPE**, Miguel Beltran de. *El poder de sustitucion el la ejecucion de las sentencias condenatorias de la Administracion*. Madrid, Editorial Civitas, 1995, pp. 303, 304.

¹⁰ A substituição jurisdicional em contencioso administrativo é proposta, deste modo, para, tal como no processo civil, dar resposta ao défice de execução das decisões judiciais.

Em todos esses Estados, a persistência da concepção de a sujeição da Administração aos comandos judiciais dever verificar-se em espaços reduzidos¹¹, desenvolvidos essencialmente para os da vinculação, tem obstado a que se continue a construir, em sistemas de tutela subjectiva, um contencioso capaz de representar o conjunto de regras definidoras em plano secundário da conformação do agir administrativo com os parâmetros legais e com a justiça. São reconhecidos nesses Estados poderes de substituição, mas ainda limitados devido à afirmação de existência de limites ao exercício desse poder, quer quanto à natureza da actividade, quer quanto à extensão de tal poder. Nos vários casos, parece-nos que os contenciosos destes países supõem uma contrariedade entre os princípios que alicerçam aquela compreensão e o instituto da substituição judicial para e pela prática de actos administrativos. Será ela efectiva?

Os obstáculos são decorrentes, primeiro, de a condenação proposta pela linha objectivista ser caracterizada por não permitir ao juiz a faculdade de substituição da Administração, como forma de garantia do espaço de reserva desta, à luz da separação de poderes – esse princípio, que foi o marco da evolução do contencioso administrativo (com a separação do poder judicial da Administração) desde a criação do *Conseil d'Etat*, converte-se, ao mesmo tempo, em freio aos poderes dos tribunais.¹² Uma substituição da Administração pelo órgão jurisdicional parece ainda ser percebida por alguns autores como exercício pelos tribunais da função administrativa, uma continuação do desempenho das atribuições administrativas

¹¹ Não obstante as várias críticas dirigidas ao modelo objectivista de origem francesa, as “reformas das justiças administrativas” apresentaram-se como exigências do Estado de Direito democrático com manifestações conflituantes. Se, por um lado, existia o dever de respeitar os direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, havia, ao mesmo tempo, a obrigação da Administração de prosseguir o interesse público de acordo com o ordenamento jurídico: **OLIVEIRA**, Cândido. *Apontamentos sobre a reforma do direito processual administrativo. In Reforma do contencioso administrativo: O debate universitário (trabalhos preparatórios)*. Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e de Planeamento. Lisboa, Coimbra Editora, 2003, vol. I, p. 97. Em todos os países há uma preocupação constante na formulação do modelo de forma a garantir uma fórmula equilibrada para que as posições subjectivas não afectem a ordem administrativa e não atentem contra o interesse público. Assim, mesmo nos países de feição subjectivista são claramente notórias as marcas do objectivismo. **ANDRADE**, Vieira de. *A justiça Administrativa*. 9.ª ed., Coimbra, Almedina, 2007, p. 23. No mesmo sentido **FEIJÓ**, Carlos; **POULSON**, Lazarino. *A justiça administrativa angolana*. Luanda, Casa das Ideias, 2008, p. 57.

¹² Por isso se denomina de um princípio ambivalente, por não só ter separado, mas também levado à recusa da adopção pelo poder judicial de decisões próprias da Administração Pública (*faire acte d'administrateur*). Vide **FELIPE**, Miguel Beltran de. *Op. cit.*, p. 35.

por um órgão não vocacionado institucionalmente a administrar. Portanto, segundo esta concepção, aos tribunais não se devem conferir mecanismos que lhes possam atribuir a faculdade de sub-rogação na realização da actividade administrativa.

Defende-se, em segundo argumento, que “a missão dos tribunais é ditar actos jurídicos e não actuar materialmente as consequências dos mesmos.”¹³ Desprovidos de meios instrumentais para a sua execução, a materialização do acto em substituição da Administração, por actuação própria ou apoiada por terceiro, é largamente acusada de desvirtuar a natureza do poder judicial.

Numa terceira via, em socorro da velha máxima que pretende que “onde houver discricionariedade não deverá haver controlo judicial e onde houver controlo judicial não haverá discricionariedade” impõem-se apertados limites à extensão da faculdade substitutiva.

Por último, a ponderação entre os interesses conflitantes de satisfação de interesses individuais envolvidos no processo judicial e de satisfação de necessidades colectivas leva a doutrina a fixar mais uma circunstância em que o poder de substituição deve ser preterido

E as críticas não têm sido poucas: apesar de não faltar quem, nas suas contestações, preveja um excesso de protagonismo conferido ao juiz, grande parte da doutrina tende a considerar que os legisladores têm sido bastante reservados e cautelosos na concessão de verdadeiros poderes jurisdicionais que lhe permitisse plenamente realizar a justiça administrativa.

Ora, com a consagração em sede legislativa em Portugal, interessa, sobretudo, não a discussão sobre a existência da faculdade de substituição – em saber se a par dos exemplos de outros ramos jurídicos se deve também confiar-se esta responsabilidade à Justiça e aos juízes no domínio da actividade administrativa –, isto já alcançado, mas um questionar se a substituição deve restringir-se aos instrumentos processuais consagrados, quais os problemas que estes encontram, bem como apurar se a opção legislativa se apresenta satisfatória e a mais adequada a um Estado de Direito. Procuraremos reflectir, com uma visão sistemática do

¹³ FELIPE, Miguel Beltran de. *Op. cit.*, p. 393.

contencioso administrativo, em torno da persistência de reais limitações à substituição no ordenamento jurídico português.

Como facilmente se percebe, esta proposta não poderia sobreviver no quadro dogmático actual. As dificuldades teóricas de implantação de um verdadeiro sistema de substituição da Administração pelo Tribunal, impõe uma reformulação, uma actualização do conteúdo do Estado de Direito, da separação de poderes e da legalidade. É preciso uma nova compreensão da Lei, não só como conformadora estrutural e orgânica de competências, como também legitimadora da intervenção judicial, e teleologicamente orientada à realização dos interesses dos particulares, de modo a poder colocá-la em sintonia com o direito ao acto de que são titulares hoje os particulares.

2. A tutela jurisdicional efectiva (art.º 20.º; n.º 2, art.º 205.º; n.º 4, art.º 268.º, CRP e art.º 2.º, art.º 158.º, CPTA)

A tutela jurisdicional efectiva desempenha aqui papel importante devido à especial relevância que, comparativamente, se pode confirmar nos processos de reforma contenciosas dos vários Estados.

Transportada para a Europa a partir da jurisprudência americana,¹⁴ e desenvolvida nos principais textos de cariz universal, a tutela jurisdicional representa o direito subjectivo a prestações jurisdicionais por parte do Estado, que se concretiza no dever de consagração de meios de protecção de posições subjectivas contra violações arbitrárias, no direito a acesso e a ser ouvido por um tribunal,¹⁵ na obtenção de uma decisão vinculativa, tomada sob o olhar do Direito, em tempo útil e com a máxima celeridade possível.

¹⁴ Nos E.U.A. e na Alemanha, dois dos principais modelos de referência na construção do presente direito, a tutela jurisdicional não emana directamente das constituições (art.º 3º, §2, art.º 39.º e art.º 19.º, n.º 4, art.º 103.º, n.º 1, respectivamente), antes é reflexo de uma compreensão jurisprudencial desenvolvida em torno do justo processo e do princípio *no remedy, no right*. Cfr. **CANOTILHO**, Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 493.

¹⁵ Vide, pela ordem de elementos da definição, **CORDEIRO**, Menezes. *Tratado de Direito Civil*. Coimbra, Coimbra Editora, 1999, vol. I, p. 130; **REGO**, Carlos Lopes do. *Acesso ao direito e aos tribunais*. In Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional. Lisboa, 1993, pp. 44, ss; **CANOTILHO**, Gomes. *Op. cit.*, p. 499,

É com a efectividade (n.º 2, art.º 205.º do CRP e n.º 1, art.º 2.º, art.º 158.º do CPTA) e celeridade (n.º 5, art.º 20.º, CRP) que a substituição possui maior relação, podendo mesmo afirmar-se que esteja ao serviço daquelas. Não podem, na verdade, ser designados de tribunais todos os órgãos que não consigam fazer cumprir as suas decisões (jurisprudência afirmada pela Corte Europeia dos Direitos do Homem). O Direito quer que se realize a prestação e a indemnização deve aparecer como meio secundário de realização do interesse do credor e não como meio de escape em alternativa para a sua satisfação. Enquanto ainda for possível a sua realização, deve ser preferida a qualquer tipo de compensação pecuniária. Outrossim, não pode realizar-se justiça se um contencioso possuir instrumentos que o levem, frequentemente, a verificar processos longos e demorados.¹⁶

Por economia de texto, não a desenvolveremos além daqui. Existem, para os quais recomendamos, vários escritos que aprofundam, com suficiência, este conjunto de direitos fundamentais.¹⁷ Pela sua importância correferente ao tema que analisamos, como motor das reformas, não deixaremos, no entanto, de fazer referências a este direito fundamental ao longo do texto sempre que julgarmos pertinente.

¹⁶ Acórdão do TEDH no caso Guincho. In *Documentação e Direito Comparado*. N.º 14, pp. 101 e ss.

¹⁷ **PINHEIRO**, Alexandre de Sousa; **FERNANDES**, Mário João de Brito. *Comentário à revisão constitucional de 1997*. Lisboa, 1997, pp. 98 e ss; **MARQUES**, Francisco Paes. *A efectividade da tutela de terceiros no contencioso administrativo*. Lisboa, Almedina, 2007, pp. 40 – 50; **CAPITÃO**, Gonçalo; **MACHADO**, Pedro. *Direito à tutela jurisdicional efectiva: Implicações na suspensão da eficácia de actos administrativos*. Separata n.º 3 da POLIS, Revista de estudos Jurídico-Políticos, Abril/Junho, 1995, *in totum*; **MAÇÃS**, Maria Fernanda. *A suspensão judicial da eficácia dos actos administrativos e a garantia constitucional da tutela judicial efectiva*. STVDIA IURIDICA n.º 22, Coimbra Editora, 1996, pp. 7-20, 271-295; **COSTA**, José Manuel Cardoso da. *A tutela dos direitos fundamentais*. In *Documentação e Direito Comparado*, n.º 5, Lisboa, 1981; **BRITO**, Mário de. *Acesso ao Direito e aos Tribunais*. In *O Direito*, ano 127, Julho/Dezembro, 1995, pp. 351-368; **ALEXANDRINO**, José A. de Melo. *Il sistema portoghese dei diritti e delle liberta fondamentali: Zone franche nella tutela giurisdizionale* (Estratto). *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, Giappichelli Editore, 2003, n.º 1, *in totum*; **SILVEIRA**, João Tiago V. A. *O princípio da tutela jurisdicional efectiva e as providências cautelares não especificadas no contencioso administrativo*. Separata do Volume III de *Perspectivas Constitucionais: Nos 20 anos da Constituição de 1976*. Lisboa, Coimbra Editora, 1998, *in totum*; Acórdãos n.º 339/90, de 17 de Dezembro de 1990 (*In BMJ*, n.º 402, p. 199); n.º 62/91, de 13 de Março de 1991 (D.R. n.º 91, II Série de 19 de Abril de 1991); n.º 451/97 de 25 de Junho de 1997 (D.R. n.º 239, II Série, de 15 de Outubro de 1997), todos do Tribunal Constitucional.

II

A CONSAGRAÇÃO DA
SUBSTITUIÇÃO JURISDICIONAL

1. O poder de substituição no contencioso português

I. Até 2003, o regime do contencioso era, essencialmente, o estabelecido no Dec.-Lei n.º 256-A/77. Apesar de alguns esforços legislativos que visavam proporcionar uma maior protecção dos particulares frente a Administração – pois, já antes da revisão constitucional de 1997, no domínio do licenciamento municipal de operações de loteamento e obras de urbanização, o Dec.-Lei n.º 445/91 (alterado pelo Dec.-Lei n.º 250/94) e o Dec.-Lei n.º 334/95 (que o substituiu), consagravam verdadeiros poderes de substituição, com um regime próximo da determinação à prática de acto devido, quando atestavam que a certidão de sentença transitada em julgado valia por alvará e substituía-o em todos os seus efeitos¹⁸ – o contencioso era ainda de um carácter cassatório, de uma dimensão meramente anulatória, num figurino centrado no acto, da fiscalização da legalidade objectiva, não equiparável aos demais modelos europeus de plena jurisdição.¹⁹ Na verdade, como bem se afirma, só existiam verdadeiros poderes jurisdicionais por parte dos tribunais quando não estivessem em causa actos administrativos. SANTOS BOTELHO entende inclusive que o processo de execução delineado no Dec.-Lei n.º 256-A/77

¹⁸ Vide, a propósito, **SOUSA**, Marcelo Rebelo de. *Acção para a determinação da prática de acto administrativo legalmente devido. In Reforma do contencioso administrativo: O debate universitário (trabalhos preparatórios)*. Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e de Planeamento. Lisboa, Coimbra Editora, 2003, vol. I, p. 177.

¹⁹ O processo era, assim, caracterizado por (i) forte influência do tradicional modelo francês, (ii) vedação ao tribunal de qualquer tipo de injunções ou proibições à Administração, incumbindo a esta retirar as consequências do julgado anulatório, praticando os actos jurídicos e as operações materiais necessários ao cumprimento integral da decisão jurisdicional, (iii) a Administração não era parte processual propriamente dita e, não defendendo um direito próprio, ela encontrava-se no processo para, do mesmo modo que o tribunal, apurar a solução mais adequada ao caso, pois, numa posição superior, a Administração e o Tribunal esperavam a colaboração do particular para a realização da legalidade administrativa, (iv) estando apenas em causa o acto administrativo e não o comportamento do seu autor, a decisão do tribunal não consistia em prestações de *facere* ou de *non facere*, o juiz limitava-se a verificar se o acto era válido ou não, (v) o tribunal não podia condenar a Administração a uma integração *in natura* do património do recorrente nem à prática de acto administrativo. Vide, dentre outros, **FEIJÓ**, Carlos; **POULSON**, Lazarino. *Op. cit.*, p. 49; **ALMEIDA**, Mário Aroso de. *O novo regime... Op. cit.*, p. 188; **BOTELHO**, José Manuel Santos. *Op. cit.*, pp. 303, 304.

consubstanciava-se num meio de tutela declarativa e não propriamente executiva,²⁰ porque o juiz não possuía poderes típicos do processo executivo. Ele não se podia substituir à Administração na execução dos julgados anulatórios, porque o diploma não previa a faculdade de aplicação de medidas executivas, de carácter substitutivo ou sub-rogatório.²¹

II. A reforma significou uma viragem histórica. Atento ao princípio da tutela jurisdicional efectiva, consagrado e reforçado na CRP com as revisões de 1989 e 1997, ao nível da redacção do nº 4 e 5 do art.º 268.º da CRP,²² tratou-se de uma reforma necessária do ponto de vista normativo jurídico-constitucional.²³ Havia uma *reiterada indiferença à Constituição*, uma *inconstitucionalidade por omissão agravada*,²⁴ por os juízes continuarem incapazes de poder impor a justiça à Administração. O contencioso administrativo foi adaptado e actualizado aos novos desafios constitucionais de realização de uma justiça plena, numa *verdadeira revolução* mediante a qual se instituiu um novo contencioso, afastado da primitiva matriz francesa e aproximado do modelo alemão da *Verwaltungsgerichtsordnung* de 1960, e tal passou por repensar os poderes que possuíam os juízes de execução das suas decisões, os principais males do direito anterior. Como resultado, tal como na Alemanha, aos juízes foi conferido, no título VIII do CPTA, um sistema de acções rico e articulado, com sentenças dotadas de uma considerável capacidade

²⁰ **BOTELHO**, José Manuel Santos. *Op. cit.*, pp. 304, 305.

²¹ Não consagrava, sequer, mecanismos de execução forçada como de pagamento de quantia certa, entrega de coisa certa ou prestação de facto fungível e se a Administração não cumprisse as operações materiais e actos em execução de julgado desencadeava apenas responsabilidade civil. *Cfr.* **BOTELHO**, José Manuel Santos. *Op. cit.*, pp. 307 – 309.

²² Tendo essas alterações reconhecido as garantias jurisdicionais e processuais como verdadeiros direitos fundamentais, passou a ser imperativo a conformação da legislação ordinária ao modelo constitucional, que orientava um reforço das posições subjectivas dos particulares perante a Administração e essa era a leitura que mais se ajustava ao Estado de Direito que a Constituição reconhecia. Como adverte Santos **BOTELHO**, era a mais consentânea com a própria natureza do direito administrativo, não um direito de sujeição, mas um direito de liberdade, onde o particular não é encarado como receptáculo de actos do poder, um súbdito, mas antes um sujeito autónomo de direitos. **BOTELHO**, José Manuel Santos. *Op. cit.*, pp. 310, 311, 317.

²³ **ANDRADE**, Vieira de. *Reforma do contencioso administrativo: O debate universitário (trabalhos preparatórios)*. Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e de Planeamento. Lisboa, Coimbra Editora, 2003, Vol. I, p. 68.

²⁴ **SILVA**, Vasco Pereira da. *Vem aí a reforma do contencioso administrativo (!?)*. In *Reforma do contencioso administrativo: O debate universitário (trabalhos preparatórios)*. Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e de Planeamento. Lisboa, Coimbra Editora, 2003, Vol. I, pp. 76, 77.

condenatória e conformadora da actuação da Administração.²⁵

No tocante à substituição, com a sua principal incidência também para o processo executivo, os juízes passaram a poder dispor da faculdade de emitir decisões que, em lugar de actos administrativos, fossem susceptíveis de realizar os interesses das partes lesadas pelas omissões ou recusas ilegais da Administração (Art.º 3.º, n.º 3), prerrogativa que assumiu o lugar de figura estruturante do contencioso por duas vias fundamentais.

Primeiro, no campo da prática por actos devidos. Nos termos dos art.ºs 167.º, n.º 6 e 179.º, n.º 5, quando, estando em causa a prática de acto administrativo legalmente devido de conteúdo vinculado, expire o prazo cedido a Administração para a execução voluntária do julgado sem que esta o tenha praticado, pode o interessado requerer ao tribunal a emissão de sentença que produza os efeitos do acto ilegalmente omitido. Os actos vinculados a que se refere o Código são essencialmente actos com conteúdo de resultado legalmente previstos, uma vez que não há nem actos totalmente discricionários para a Administração, nem actos totalmente vinculados, acabando a vinculação e a discricionariedade por serem dois modos de realização do direito pela autoridade administrativa presentes em todas as suas actuações.²⁶ Alguns exemplos de actos vinculados são recorrentes como a emissão de alvará ilegalmente recusado ou omitido (Art.º 157.º, n.º 4), a maioria dos licenciamentos industriais e comerciais e urbanísticos, e os actos de verificação constitutiva, como as inscrições em ordens profissionais e em escolas

²⁵ Reconheceu-se a possibilidade de os juízes decretarem vários tipos de pronúncias declarativas, constitutivas, condenatórias, preventivas e executórias contra a Administração, bem como de adopção de medidas de natureza executiva adequadas a dar plena realização e tutela aos direitos e interesses legalmente protegidos sempre que a Administração não cumprir o determinado pelo juiz. *Vide*, sobretudo, **ANTUNES**, Colaço; **MORENO**, Sáinz (coordenadores). *O Acto no contencioso administrativo: Tradição e reforma. Colóquio Luso-espanhol*. Lisboa, Almedina, 2005, p. 18; **AMARAL**, Freitas do; **ALMEIDA**, Mário Aroso. *Grandes linhas da reforma do contencioso administrativo*. 2.ª ed., Lisboa, Almedina, 2002, p. 63. De entre essas medidas, destacam-se: (i) o poder de adopção de providências verdadeiramente executivas, no domínio dos processos de execução para a prestação de factos fungíveis e para o pagamento de quantias, (ii) introdução do poder de impor sanções pecuniárias compulsórias aos titulares dos órgãos administrativos obrigados a cumprir as determinações judiciais (influenciada pelas “astreintes” do direito francês). **SILVA**, Vasco Pereira da. *Vem aí a reforma...* *Op. cit.*, p. 88 – 94; **AMARAL**, Freitas do; **ALMEIDA**, Mário Aroso. *Grandes linhas...* *Op. cit.*, p. 116, 117.

²⁶ *Vide*, a respeito, **PORTOCARRERO**, Maria Francisca. *Op. cit.*, p. 351.

públicas, em listas eleitorais (recenseamento), quer se apresentem em sentido negativo quer omissivo.²⁷

Fora da execução de sentenças, a substituição foi apenas admitida nos processos urgentes, no Art.º 109.º, n.º 3, em sede da definição dos poderes de decisão do juiz na intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias pessoais. Conforme pretende o Código, quando, não sendo possível o decretamento de uma providência cautelar, a célere emissão de uma decisão de mérito se revele indispensável para assegurar o exercício, em tempo útil, de um direito, liberdade ou garantia, o tribunal pode emitir uma sentença que produza os efeitos do acto devido, se assim o pretender o interessado na decisão.

2. O enquadramento da substituição

Como dissemos, a substituição foi acentuadamente consagrada no contencioso português como um instituto ao serviço da execução. O Código inseriu-a entre as medidas executivas, mas temos dúvidas quanto à sua natureza executiva em sentido próprio.²⁸ Sérvulo CORREIA parece-nos também partilhar desse entendimento quando refere que as sentenças substitutivas exprimem um poder distinto sob uma perspectiva estrutural: um poder de directa constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas administrativas.²⁹

Na ânsia de o tornar, em relação aos demais países, num dos mais avançados e garantísticos, concentraram-se no direito português todas as grandes tendências de evolução dos diferentes contenciosos europeus nas últimas décadas do século

²⁷ Ao contrário do que defende **AMORIM**, João Pacheco de. *Op. cit.*, p. 481, olhando para o objectivo de reintegração da ordem jurídica violada, como actos que não envolvem qualquer margem de discricionariedade, em especial as autorizações recognitivas e as verificações constitutivas, o âmbito das sentenças substitutivas não se limita ao domínio dos actos permissivos.

²⁸ A designação da substituição como “execução indirecta”, proposta por alguns autores (**ANTUNES**, Luís Filipe Colaço. *O juiz administrativo senhor do processo executivo: a execução substitutiva pela Administração na presença de discricionariedade*. In **AAVV**. *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*. Coimbra Editora, 2007, vol. III, p. 200), parece-nos pretender tão-só mitigar essa diferença de natureza apontada.

²⁹ **CORREIA**, Sérvulo. *Direito do contencioso administrativo*. Lisboa, Lex, 2005, vol. I, p. 768.

XX.^{30/31}

O recurso a diversos institutos no direito comparado, para o seu emprego ao serviço de uma jurisdição eficaz, resultou numa conjugação de modelos que torna dúbia a definição da natureza de alguns institutos. Essa recolha de vários instrumentos de diversos contenciosos determinará, logicamente, que a problemática da substituição, arrastada facilmente pelos ventos da reforma para o contencioso nacional, conheça um enquadramento e tratamento não necessariamente coincidentes com o que nos demais exemplos europeus se advoga. Neste sentido, alguns limites apostos à substituição parecem estar mais contextualizados do que outros.

Ora, quando a sentença condena a Administração a realizar uma actividade ou a emitir um acto administrativo, pode o juiz, em caso de incumprimento, servir-se de meios pessoais que o processo lhe faculta, adoptar medidas indirectas ou requerer o apoio de outras entidades para a materialização do julgado. Pela ordem inversa, o juiz pode requerer a colaboração das autoridades públicas, de agentes da Administração condenada, de outras Administrações públicas ou solicitar, a expensas da Administração, a execução subsidiária pelo particular (quando é possível). Mas só a substituição representa a execução do julgado pela pessoa do juiz, pelos seus próprios meios.

³⁰ **AMARAL**, Freitas do; **ALMEIDA**, Mário Aroso. *Grandes linhas...* *Op. cit.*, p. 116, 117; **ANTUNES**, Colaço; **MORENO**, Sáinz (coordenadores). *O Acto no contencioso...* *Op. cit.*, p. 221.

³¹ Foi um quadro de evolução dos contenciosos dos demais Estados da União Europeia que reforçou o sentimento de mudança da ordem estabelecida: em França, com a Lei de 30 de Junho de 2000, na Itália, com a Lei n.º 205, de 21 de Julho de 2000, que veio completar a reforma iniciada parcialmente pela Lei de 15 de Março de 1997 e desenvolvida pelo Decreto-Lei de 31 de Março de 1998, na Alemanha, através da sexta Lei que alterou o Código dos tribunais administrativos a 1 de Novembro de 1996, em Espanha com a Lei reguladora da jurisdição contenciosa-administrativa de 11 de Julho de 1998. *Vide*, a propósito, **FIRMINO**, Ana Sofia. *A intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias*. In *Novas e Velhas Andanças do contencioso administrativo: Estudos sobre a reforma do processo administrativo*. **SILVA**, Vasco Pereira da (coordenador). Lisboa, AAFDL, 2005, p. 355. Mas é o contencioso espanhol resultante da Lei n.º 29/1998 que mais se aproxima ao actualmente consagrado no direito português. *Cfr.* sistema espanhol em **REBOLLO**, Luís Martín. *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas como derivación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva: La situación en el derecho español*. In *O Acto no contencioso administrativo: Tradição e reforma. Colóquio Luso-espanhol*. **ANTUNES**, Colaço; **MORENO**, Sáinz (coordenadores). Lisboa, Almedina, 2005, p. 257 e ss.

É aqui que reside o fundamental contributo da doutrina espanhola, quando distingue entre *executar* e *fazer executar*³² – em que ao juiz não compete, em regra, executar mas, acima de tudo, fazer executar. Na verdade, a substituição configura-se como um *executar* pelo juiz, com vista a obter deste a mesma prestação que se esperava da Administração. É um directo exercício, por parte do tribunal, da competência dispositiva legalmente atribuída a um órgão da Administração.³³ Quando o tribunal se sirva dos demais meios para obrigar esta a agir, ou obter o mesmo resultado de terceiro, estaremos a falar, com mais propriedade, em *fazer executar*, em o juiz adoptar as medidas para que se execute (por outrem, entenda-se) a prestação a cargo da Administração.

Como forma de contornar alguns dos limites apresentados à substituição, grande parte da doutrina que examinámos recorre aos demais meios de execução existentes no contencioso, como se integrassem o núcleo essencial da substituição e o legislador serviu-se delas para minorar o efeito da recusa do poder substitutivo aos tribunais, por uma lado, e a irredutibilidade da Administração na prática do acto, por outro. Entendemos não ser esta compreensão a mais acertada, mas, a seu tempo, voltaremos a este problema. Importa agora indicar apenas alguns desses meios.

De entre as medidas indirectas de que se pode servir o juiz, encontramos a imposição de sanções pecuniárias compulsórias, a responsabilização disciplinar, civil e ou criminal. Estas não são medidas executivas em sentido próprio, por não resultarem imediatamente na pretensão do particular; afiguram-se como medidas que visam apenas exercer coacção psicológica sobre o obrigado para obter dele o cumprimento.

No tocante ao recurso a outras entidades administrativas para a materialização do julgado, o juiz pode requerer a colaboração das autoridades públicas, de agentes da Administração condenada, de outras Administrações públicas ou solicitar.

³² Vide, a propósito, **MARIÑAS**, Pablo González. *Ejecución de sentencias contencioso administrativas en España. In Reforma do contencioso administrativo: O debate universitário (trabalhos preparatórios)*. Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e de Planeamento. Lisboa, Coimbra Editora, 2003, Vol. I, p. 490. Repare-se, porém, que a doutrina espanhola utiliza tal distinção para obter o efeito inverso de fundamentar a substituição.

³³ **CORREIA**, Sérvulo. *Direito do contencioso... Op. cit.*, p. 769.

Proposta essencialmente para superar o obstáculo da prática de actos materiais do acto administrativo, têm sido apresentados, com frequência, problemas em torno de saber se a colaboração com outras administrações deve respeitar a questão das competências administrativas³⁴ e se o órgão que é solicitado assume completamente, por sua conta e risco, a execução do acto. Em resposta a essa última indagação, Beltran de FELIPE³⁵ chega mesmo a admitir, em absoluta contradição, mas em nosso proveito, que a intervenção desse novo ente administrativo não representa na verdade uma substituição, mas tão só uma cooperação no cumprimento da sentença.

O juiz pode ainda servir-se, a expensas da Administração, de um terceiro privado.³⁶

Para este caso, servem perfeitamente os argumentos anteriores.

Considerámos, assim, que quando o juiz intervém por esses meios, está tão só a executar o julgado e não a substituir-se, ele próprio, à Administração.

3. Alguns casos (?) de substituição

Dentre os vários casos apontados pela doutrina como meios de substituição jurisdicional, consagrados ou não no contencioso português, cabe agora destrinçar o que é o que não pode ser considerado como substituição.

A substituição é proposta, não poucas vezes, à imagem e semelhança da conhecida tutela ou execução específica do direito civil (art.º 830.º), nuns casos apenas no domínio do contencioso executivo, outros também em contencioso declarativo.³⁷

Não somos a favor desse entendimento por vislumbrarmos nos institutos em apreço origens, contextos e fins distintos. A substituição, pensada para pôr cobro à

³⁴ Em resposta negativa, vide **FELIPE**, Miguel Beltran de. *Op. cit.*, p. 399.

³⁵ Que também pende para a negativa: **FELIPE**, Miguel Beltran de. *Op. cit.*, p. 402.

³⁶ Quem deve escolher o terceiro? O juiz? O devedor? O credor? Quem deve encarregar o terceiro da execução? Em que condições? Deverá o terceiro solicitar autorização prévia ao juiz para realizar voluntariamente o encargo? A realização por terceiro deve realizar-se nas instalações do devedor? Que tipo de relação terá o juiz com o terceiro enquanto órgão jurisdicional? Vide, a propósito, **FELIPE**, Miguel Beltran de. *Op. cit.*, p. 402.

³⁷ Na defesa de poderes de substituição na acção declarativa e não na de execução, bem como na possibilidade de condenação da Administração mesmo nos actos discricionários, “uma vez respeitados o princípio da estabilidade das decisões administrativas e o núcleo essencial da autonomia do poder executivo, isto é, as zonas de discricionariedade (em sentido amplo)” veja-se **AMORIM**, João Pacheco de. *Op. cit.*, pp. 475 – 487, em especial pp. 485, 486.

hipótese de incumprimento da decisão declarativa do tribunal, afasta-se da execução ou tutela específica por esta última orientar-se mais para a celeridade na realização da justiça.

Como se sabe, a volatilidade das sociedades dos últimos tempos requereu uma construção processual distinta da elaboração tradicional civilista. A busca da celeridade e economia processuais tornaram-se gradativamente em partes de uma justiça efectiva e plena – uma vez que a demora do processo normalmente tornava inútil o uso da via judicial para solucionar o conflito – até chegarem aos dias de hoje, onde se afirma que o direito à prestação jurisdicional é o direito a uma prestação efectiva e eficaz. Ora, até há alguns anos atrás, em todos os países filiados ao sistema romano-germânico, a inexistência de mecanismos de tutela preventiva e de urgência estavam no centro das reflexões, diante do défice de tutela jurisdicional que apresentavam em relação ao sistema anglo-saxónico.³⁸ Sob forte inspiração nesse sistema, na busca de mecanismos processuais mais ágeis e eficazes, o processo dos países da família romano-germânica sofreu significativas alterações. A primeira verificou-se em relação aos “direitos evidentes” e à necessidade de preservar os bens que estivessem diante de algum receio de poderem vir a não ser utilizados na satisfação dos interesses que sobre eles incidissem: foram as *medidas cautelares*.³⁹ Mas por terem finalidade meramente *conservativa* do bem ou direito em litígio (não garantindo a *satisfação preventiva* dos litigantes) não solucionaram o grave problema da demora na prestação jurisdicional definitiva. Foi aqui que nos sistemas romano germânico, com recurso a institutos de direito anglo-saxónico, era consagrada a execução específica.

Ademais, na execução específica, quando o juiz condena não obriga o devedor ao cumprimento da sentença. O réu condenado não fica obrigado perante o juiz à obediência da sentença, ao contrário do que ocorre na substituição. Por a

³⁸ Vide, a respeito, com maiores desenvolvimentos, **DAVID**, René. *Les Grands Systèmes du Droit Contemporains* (Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. Trad. Hermínio A. Carvalho). São Paulo, Martins Fontes, 2002, pp. 377, 378; **FUX**, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência: Fundamentos da Tutela Antecipada*. Ed. Saraiva, 1996, p. 169.

³⁹ Vide, com mais desenvolvimentos, **SANTOS**, Ernane Fidélis dos. *Novos perfis do processo civil brasileiro*. 1ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1996, pp. 22 e ss. e **THEODORO JÚNIOR**, Humberto. *Tutela antecipada*. In Aspectos polémicos da antecipação da tutela. (Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier), São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997, pp. 183, 184.

desobediência ao comando judicial resultar em consequências passíveis de punição, a substituição possui natureza injuntiva e não apenas condenatória, ou melhor, declaratória e só nesta o réu que não executa à partida o julgado comete o crime de desobediência: o réu que não cumpre a sentença condenatória continua apenas civilmente obrigado e sujeito à execução forçosa.⁴⁰

Difícil é, igualmente, estabelecer uma analogia, em termos taxativos, com o acto de substituição que ocorre a nível do funcionamento interno da Administração Pública. A substituição a que nos propomos tende a assumir-se como diferente da faculdade de, em caso de inércia, um órgão superior, no cumprimento da lei, praticar os actos jurídicos necessários à reintegração da ordem jurídica.

A nível do direito comparado, alguns institutos também são referidos como manifestações do poder de substituição.

No modelo alemão – apesar de se atribuírem aos tribunais competência para emitirem decisões que constatarem, condenam ou modifiquem situações de Direito em sentido negativo – o incumprimento da Administração da ordem de prover emanada pelo juiz alemão dispõe apenas da reacção das medidas de coacção indirecta (como as sanções pecuniárias compulsórias). Representando um princípio estruturante do contencioso, não se prevê a faculdade de o juiz poder, ele próprio, em substituição da Administração emitir o acto omitido.^{41/42}

⁴⁰ Vide, com mais desenvolvimento, **PIMENTA**, José Roberto Freire. *Tutela específica e antecipada das obrigações de fazer e não fazer no processo do trabalho: Cominação de prisão pelo juízo do trabalho em caso de descumprimento do comando judicial*. Disponível em http://www.mg.trt.gov.br/escola/download/revista/rev_57/Jose_Pimenta.pdf

⁴¹ MOUZOURAKI refere, no entanto, que pelos tribunais prussianos procederam-se a outorgas de autorizações em lugar da Administração. Fundados no Art.º 38.º, n.º 2 e 79.º, n.º 4 da Lei dos Tribunais Administrativos instituída pelas autoridades americanas após a II G.M., os juízes procediam, no âmbito de um recurso contra a recusa da Administração em autorizar a abertura e a exploração de uma empresa, à concessão da autorização recusada. vide **MOUZOURAKI**, Paraskevi. *L'efficacité des décisions du juge de la légalité administrative dans le droit français et allemand*. Paris, 1999, 325. Hoje, a jurisprudência tem desenvolvido outros meios excepcionais aproximados à substituição que têm colhido, mais ou menos, algum consenso.

⁴² Já no modelo austríaco, contrário ao alemão, a substituição é uma realidade efectiva do contencioso. O incumprimento da Administração da ordem emanada pelo juiz, habilita este a adoptar, em via substitutiva, o acto ilegalmente omitido pela Administração. Esse sistema vai mesmo ao ponto de não admitir as medidas compulsórias como as sanções pecuniárias. Por esse motivo, afirmam **ANTUNES**, Colaço; **MORENO**, Sáinz (coordenadores). *O Acto no contencioso... Op. cit.*, p. 221. Sobre a tramitação processual no contencioso austríaco, conducente à substituição, vide *Idem*, p. 223, ter existido, no direito português, uma forte composição entre o modelo austríaco e alemão. Cfr. art.ºs 66.º; 71.º; 164.º, n.º 4, c), d); 167.º, n.º 5; 169.º e 179.º, n.º 5, CPTA.

Apesar de estarem mais ao serviço da economia processual do que da substituição, três fuguras são com recorrência apresentadas como manifestações desse poder jurisdicional: a substituição dos motivos do acto, a conversão de acto ilegal e a reforma judicial de actos.

A substituição dos motivos do acto ocorre quando é possível salvar o acto impugnado com a mera mudança dos motivos que lhe subjazem. Estando os motivos apresentados pela Administração erradamente indicados e viciadores da sua validade, nos termos da lei, o juiz, conhecendo, limita-se a indicar a base legal correcta, convalidando o acto. Não nos parece que esta situação represente uma substituição porque o juiz não pratica um acto em sub-rogação da Administração, não há uma pretensão de suprir uma inércia da Administração, mas tão só melhorar o fundamento legal do acto administrativo. É apenas uma substituição dos motivos ilegais por motivos legais.⁴³

A conversão judicial de actos ilegais (art.º 47.º da Lei do Procedimento Administrativo Alemão) ocorre quando possa esperar-se da administração a prática do acto legal se esta soubesse que o acto praticado era ilegal; mas só pode proceder-se à conversão quando os actos prossigam o mesmo fim, o acto resultante da conversão seja um acto estritamente vinculado, tenham sido observadas as condições de forma e de fundo do acto ilegal e não surja da conversão o agravamento da posição do administrado. Mais uma vez não se trata de substituição, por existir da parte do Tribunal tão só a intenção de simplificar uma actuação previsível e certa da Administração.⁴⁴

Por último, a reforma judicial de actos de quantificação de importâncias em dinheiro ocorre quando, tendo a acto administrativo procedido a uma quantificação errada de valor legalmente fixado, o tribunal o corrija nos termos da lei, sem para tal proceder a mais alterações ou intervenções sobre a actuação da Administração.⁴⁵

⁴³ Alguns limites, são-lhe, no entanto fixados. Impõe-se ao juiz a necessidade de não alterar a substância do acto ou a regulação nele contida, pelo menos em excesso. Impõe-se-lhe ainda a proibição de convalidação, de um acto vinculado em acto discricionário sem que antes seja dada a possibilidade de nova apreciação administrativa ou ainda de intervenção em actos completamente discricionários. *Vide* **MOUZOURAKI**, Paraskevi. *Op. cit.*, pp. 157, ss.

⁴⁴ **MOUZOURAKI**, Paraskevi. *Op. cit.*, p. 162.

⁴⁵ **MOUZOURAKI**, Paraskevi. *Op. cit.*, pp. 163, 164.

Em França, a referência da doutrina vai para a substituição de base legal, a substituição de motivos e a neutralização de motivos. Mas, conhecido por afirmar o princípio segundo o qual o juiz *ne peut pas faire acte d'administrateur*,^{46/47} esses meios não representam, na verdade, casos de efectiva substituição. São técnicas que prosseguem, tal como na Alemanha, uma economia de processo, uma economia de anulação.

A substituição de motivos assemelha-se à do sistema alemão, enquanto a substituição de base legal se aproxima da conversão judicial de actos ilegais daquele contencioso, pelo que não dedicaremos mais palavras. Na neutralização de motivos, o juiz procede ao afastamento da parte ilegal em actos em que convivam motivos legais e ilegais, desde que as razões legais sejam suficientes para a sobrevivência do acto. Mas, eliminando apenas a parte ilegal, o juiz não procede à reformulação do acto, que se mantém inalterado na parte conforme à lei.⁴⁸

Na Itália, o contencioso é marcado pela possibilidade de o juiz administrativo, além de medidas intimidatórias, repressivas e sancionatórias, poder nomear um comissário *ad acta*, capaz de substituir a Administração na prática do acto.⁴⁹

Apesar da preponderância da tese que o afirma como órgão que desempenha funções jurisdicionais, uma “*longa manus*” do juiz administrativo, mantém-se, ainda assim, o debate sobre a natureza jurídica do comissário *ad acta*: não poucas vezes, também se defende que se trata de um órgão extraordinário da Administração, ou dum *tertium genus*, simultaneamente órgão extraordinário da

⁴⁶ Apesar do seu contencioso preponderantemente objectivista, existem vários meios de plena jurisdição, que permitem a substituição da Administração, pelo que em rigor, têm sido apontados dois tipos de contencioso em França. Como exemplos são apontados os actos que decidam sobre pretensões de exploração de instalações perigosas para o ambiente, os actos municipais declarativos da insalubridade de imóveis e actos tributários.

⁴⁷ Só a partir de 1995 é que o legislador francês, diante da insistência do *Conseil d'État* em manter-se fiel ao recurso de anulação, consagrou medidas indirectas para forçar a prática de actos administrativos. Estas medidas, denominadas pela doutrina por *injonctions en vue de d'exécution de la chose jugée* ou *astreintes*, permitem ao juiz acompanhar as suas decisões com medidas pecuniárias compulsórias. Cfr., mais desenvolvidamente, **CHAPUS**, René. *Droit du contentieux administratif*. 10.^a ed., Paris, Montchrestien, 1998, pp. 804 e ss; **BRANCO**, Nuno Ricardo. *Efectividade da tutela administrativa e sentenças substitutivas de actos administrativos*. Lisboa, FDUL (não publicada), 2004, pp. 143 e ss; **CORREIA**, Sérvulo. *O recurso contencioso. In Reforma do contencioso administrativo: O debate universitário (trabalhos preparatórios)*. Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e de Planeamento. Lisboa, Coimbra Editora, 2003, vol. I, p. 185.

⁴⁸ **CHAPUS**, René. *Op. cit.*, pp. 917, 918.

⁴⁹ **NIGRO**, Mario. *Giustizia Amministrativa*. 5.^a ed., Bologna, 2000, p. 326.

Administração e auxiliar do juiz.⁵⁰ O que é certo, sem dúvida, é que a substituição não ocorre por mãos do juiz, mas por um terceiro. A essa figura voltaremos, no entanto, a pronunciar-nos mais à frente.

III

OS LIMITES AO PODER DE SUBSTITUIÇÃO

(desconstrução exegética dos conceitos)

Na análise dos limites, importa recordar que, com vista à plena materialização do princípio da tutela jurisdicional efectiva constitucionalmente imposto, a reforma do contencioso administrativo procedeu a um aumento substancial dos poderes de cognição reconhecidos aos tribunais administrativos e fiscais. A possibilidade de dedução de “todo o tipo de pretensões” (que permitiu que os tribunais administrativos passassem a deter o poder de emitir as pronúncias que, no caso, melhor pudessem resolver o conflito, exceptuando as que, respeitando ao domínio reservado à formulação de juízos de mérito, conveniência ou oportunidade do agir administrativo, representassem ingerência no campo da discricionariedade administrativa) colocou à doutrina a necessidade de ponderar em torno dos limites que o poder de substituição deve conhecer na realização da Justiça Administrativa. Tal como nos sistemas de origem se procedia ao estudo da substituição, são em Portugal considerados:

1. A natureza da decisão

O primeiro limite decorre da natureza do acto por meio do qual se dá a actuação do

⁵⁰ Cfr. **VILLANI**, Maurizio. *Processo tributario: il Commissario ad acta nel giudizio di ottemperanza*. In La Rivista de Finanza, Abril/Maio, 2002; **CAIANELLO**, Vincenzo. *L'Esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo: il caso italiano*. In *Reforma do contencioso administrativo: O debate universitário (trabalhos preparatórios)*. Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e de Planeamento. Lisboa, Coimbra Editora, 2003, Vol. I, pp. 623 e ss.; **APREA**, Guido. *Inottemperanza inerzia e commissario ad acta nella giustizia amministrativa*. Milano, Dott A. Giuffrè editore, 2003; **NOTARMUZI**. *Il funzionario nominato commissario ad acta dal giudice amministrativo*. In *Rivista Amministrativa*, 1991, pp. 947 e ss; **MAFFEZZONI**, Michela. *Ancora sulla natura e funzione esclusivamente giurisdizionale del giudizio di ottemperanza*. *Foro amm.*, 1987, II.

poder jurisdicional: a sentença – um acto jurídico e não um acto material ou juridicamente instrumental de uma prestação de facto ou coisa.

Determinadas questões levadas à apreciação da jurisdição administrativa deparam-se com o problema de insuficiência da resolução judicial para pôr termo ao conflito administrativo, por depender da prática de actos físicos e materiais a que a sentença, *de per si*, não está vocacionada, uma vez que, o objecto da condenação pode consistir tanto numa actividade jurídica como material por parte da Administração – o problema está, pois, na fase de realização material do Direito declarado na sentença. É inquestionável que certas actividades materiais parecem não admitir a substituição por resolução judicial⁵¹ e a sua mera execução, pelos mecanismos normais, não é logicamente possível, porquanto, é a própria Administração que procede materialmente à execução ordenada pelo tribunal.

Atento ao facto de na substituição ao juiz ser permitido tão-somente emitir uma sentença que produz os efeitos do acto, não pode a sua actuação incidir sobre espaços em que haja a prevalência de actos materiais. Logo, a jurisdição pode sempre substituir-se à Administração na produção de efeitos jurídicos onde o Direito pré-determine tão-somente critérios e efeitos jurídicos para a tutela de posições jurídicas subjectivas, para a resolução de conflitos ou para a repressão da violação da própria legalidade. Tal capacidade substitutiva não deve ser accionada nos casos em que o próprio direito imponha, para o alcance daqueles fins, a prática de actos não inteiramente pré-determinados do ponto de vista jurídico. O juiz não pode, ele próprio, proceder à prática dos actos materiais incumbidos funcionalmente à Administração. Se o acto recusado pela Administração for referente a um acto jurídico, a sua substituição é perfeitamente possível por um acto jurisdicional. Onde falte a pré-determinação jurídica integral, os tribunais, por força da sua exclusiva sujeição à lei não poderão actuar.⁵² Um órgão jurisdicional pode ditar actos jurídicos mas não pode realizar operações materiais sobre a

⁵¹ Alguns actos materiais podem ser de possível e relativamente fácil substituição: é o exemplo da demolição de um edifício, finalização de obras públicas. Mas outros casos são de complexa e até impossível substituição: como por exemplo o cálculo de impostos mal pagos e a sua restituição aos cidadãos, a confecção de documentos de identificação, por estes órgãos serem titulares exclusivos dos meios humanos, materiais, financeiros e legais para executar as sentenças. **FELIPE**, Miguel Beltran de. *Op. cit.*, p. 408.

⁵² **AMORIM**, João Pacheco de. *Op. cit.*, p. 486.

realidade física.

A actuação do tribunal estaria, por conseguinte, confinada aos denominados actos de execução instantânea, como são exemplo as autorizações, as aprovações e as admissões.⁵³

Porém, um primeiro obstáculo se apresenta. É assaz difícil definir o regime dos actos administrativos, que são os tipos mais abundantes, em que há uma combinação tanto da dimensão jurídica, como da prática de actos materiais. É nosso entendimento que nesse caso a actuação jurisdicional só deve existir se a mera eficácia jurídica for suficiente para consolidar o acto e satisfazer o interesse do particular. Em caso contrário, deve necessariamente recusar-se por falta de prerrogativas instrumentais e técnicas para tal.

Que solução deve então ser adoptada para a maior parte dos actos administrativos, que são dependentes de actos materiais? Isto resultará na insuperabilidade do conflito por estar dependente de actos materiais?

Obviamente, não alinhamos com uma das soluções propostas por Beltran de FELIPE⁵⁴ para resolver esse impasse que considera que o presente conflito é insuperável, por se tratar de uma actividade infungível e personalíssima, e só a Administração detém os meios para a execução material do acto e que enquanto órgão supremo nas suas responsabilidades constitucionais é insubstituível.

A segunda possibilidade é admitida em caso de reconhecimento, por parte do sistema, da figura do comissário *ad acta* do modelo italiano. Obviamente, não sendo consagrado este mecanismo, como no caso português, o limite mantém-se. Mas, a técnica do comissário *ad acta*, meio órgão jurisdicional, meio órgão administrativo, que desempenha um papel que está mais ligado à função jurisdicional, parece, por um lado, ser um artifício desnecessário, construído apenas para satisfazer a tradição doutrinária de admitir inovações jurídicas desde que se lhes fossem atribuídos nomes diferentes. De facto, o “comissário” não é um órgão administrativo, mas nada o distingue em termos práticos do juiz inserido no quadro da jurisdição administrativa. Por outro lado, o comissário *ad acta*, utilizado para dar execução das decisões emanadas pelo tribunal, não nos parece ser um

⁵³ Cfr. **SOARES**, Rogério. *Direito Administrativo*. Coimbra, Coimbra Editora, 1978, pp. 195, 196.

⁵⁴ **FELIPE**, Miguel Beltran de. *Op. cit.*, p. 392, 393.

problema da substituição, mas apenas com ela relacionada. Como dissemos, a intervenção do juiz de ottemperanza dá-se apenas de modo a garantir a execução material da sentença. A substituição não é um meio de adopção de actos materiais.⁵⁵

Pensamos, por conseguinte, que a questão dos actos dependentes de execução material se trate dum conflito inexistente: a solução pode ser encontrada no próprio CPTA. A natureza da intervenção jurisdicional não é, na verdade, um limite à substituição. Todos os actos dependentes de necessária execução material podem ser resolvidos em fase de execução judicial, com os demais instrumentos. Atento à distinção entre o poder de executar e o poder de fazer executar, a jurisdição dispõe sempre da possibilidade de adoptar medidas indirectas como a fixação de multas coercitivas, da dedução de responsabilidade penal, a execução com o apoio de terceiro de (ou não) natureza administrativa. É certo que, nesses domínios insusceptíveis de substituição, devem ser procuradas as medidas mais eficazes para a garantia de cumprimento da sentença, porque se elas falham não há formas de o juiz se substituir à Administração e os tribunais e a justiça dependerão tão-somente da boa vontade das Administrações e da efectividade destas medidas indirectas. O que aqui defendemos é que o contencioso adoptou um meio de coerência, uma forma de completar as insuficiências substitutivas do juiz, como medidas que são apresentadas pelos diversos autores como caracterizadoras da substituição: ora, tais medidas não são, de facto, substituição.

Mas, se mesmo nessa fase, não se conseguir a efectivação do direito ao acto dos particulares, situação que resultará apenas na fixação de um montante indemnizatório pela não obtenção do acto administrativo, teremos então chegado ao estágio em que o problema já não é do Direito vigente, mas antes de consolidação da Democracia.

⁵⁵ Portanto, ou se diz que o comissário ad acta é um juiz efectivo, que deixa de ou se defende (maior aceitação e que mais se ajusta ao espírito do órgão) que é um órgão distinto do poder judicial e então não está ao serviço da substituição, antes da mera execução das decisões judiciais.

2. Infungibilidade e separação de poderes

Um outro limite à substituição reside naquilo que geralmente é tido como a infungibilidade da Administração ou a imposição constitucional da separação de poderes. A substituição jurisdicional da actuação administrativa conhece, desse modo, a nível constitucional, um limite específico que não existe quando o executado é um particular: o imperativo da divisão de poderes, a posição constitucionalmente relevante do sujeito executado.⁵⁶ Sobre esse prisma, pensa-se que o tribunal desempenharia uma paralela função administrativa se lhe fosse permitido, em vez daquela, a materialização de prestações finalizadas à satisfação de necessidades colectivas.

Historicamente, até às “reformas”, foi sempre o anseio de garantir uma separação efectiva entre o poder judicial e a Administração que impediu uma construção que atribuísse ao juiz do contencioso administrativo poderes paralelos aos dos demais juízes. Ainda hoje, os autores mais apegados a fórmulas tradicionais negam a substituição por defenderem que a actividade de cumprimento do disposto em decisão judicial está atribuída pelo ordenamento à Administração e não a outro sujeito, ou que é um fazer constitucionalmente infungível.⁵⁷

Mas, primeiro, para saber se a actividade administrativa que resulta do cumprimento de uma sentença pode ou não ser substituída pelo Tribunal, há que conhecer previamente a correspondência dessa actividade com a personalidade do órgão condenado, i.e., se constitui ou não um “fazer personalíssimo.”⁵⁸

Como é de recordar dos horizontes civilísticos,⁵⁹ à realização da prestação e concomitante satisfação do credor é completamente indiferente a pessoa do devedor. A “analogia” que aqui fazemos assenta numa compreensão da fungibilidade como sinónimo de substituíbilidade. Assim, a fungibilidade ou infungibilidade da Administração, à luz da separação de poderes, deviam ser aferidas por meio do interesse do credor.

⁵⁶ Cfr. **FELIPE**, Miguel Beltran de. *Op. cit.*, p. 284.

⁵⁷ **FELIPE**, Miguel Beltran de. *Op. cit.*, p. 319.

⁵⁸ **FELIPE**, Miguel Beltran de. *Op. cit.*, p. 278.

⁵⁹ Art.ºs 767.º e 768.º

Mas como dissemos, a questão em análise não pode merecer o mesmo tratamento, nos termos em que é dado nos meios civilísticos, por a posição da Administração apresentar-se constitucionalmente relevante. Não legitima a substituição jurisdicional a mera satisfação do credor, uma vez realizada a prestação, independente da identidade do devedor. Como se pode depreender de Beltran de FELIPE,⁶⁰ o credor da Administração não estabelece com esta, na relação jurídica de que emerge o conflito, qualquer vínculo atendendo às circunstâncias da pessoa do devedor, pois as obrigações das pessoas públicas não derivadas de negócio ou contrato não permitem ao credor escolher o devedor.

É preciso, desse modo, que se conforme a actuação da jurisdição com o sistema constitucional e a recente construção do Estado de Direito, para que se possa legitimar essa realização do julgado. É o problema da “fungibilidade constitucional”⁶¹ da Administração Pública. Impõe-se, sobretudo, verificar se os múltiplos interesses consagrados e tutelados na Constituição, numa interpretação intra-sistemática que seja coerente com todas as suas disposições, não leva à admissão da prática pelo juiz administrativo do acto substitutivo.

As mudanças empreendidas pelas reformas baseiam-se (e afirmam), contudo, numa “forma distinta de ponderação de valores constitucionais ao serviço dos quais operam os tribunais administrativos,” emergindo assim um *novo paradigma da justiça administrativa*.⁶² Com a actual delimitação constitucional da justiça administrativa em torno da relação jurídica administrativa e não do acto administrativo, que decorre do seu enquadramento num superior Estado protector de direitos, tornou-se responsabilidade de todos os órgãos constitucionais assegurar a máxima satisfação possível dos direitos e interesses legítimos dos particulares lesados por actos administrativos.⁶³

O legislador, que é o primeiro responsável pelo Estado de Direito, deve cuidar de reconhecer ao poder judicial todas as vias possíveis de garantia de uma tutela jurisdicional plena dos particulares. Ora, se os poderes de cognição e de decisão do

⁶⁰ **FELIPE**, Miguel Beltran de. *Op. cit.*, p. 280, 281.

⁶¹ *Vide*, a respeito, **FELIPE**, Miguel Beltran de. *Op. cit.*, p. 283.

⁶² **TORRES**, Mário Araújo. *Relatório síntese II do III seminário de justiça Administrativa*. In *Cadernos de justiça administrativa*, n.º 28, p. 67.

⁶³ **AMORIM**, João Pacheco de. *Op. cit.*, p. 486.

juiz administrativo forem percebidos e desempenhados numa tarefa de pura execução da lei, não só a substituição, como todos os outros mecanismos ao serviço da execução, são completamente legítimos num Estado Democrático de Direito moderno. Pelo que, a inconsistência da doutrina reside, mais uma vez, em estender o problema da fungibilidade e separação de poderes ao recurso de meios alternativos de execução,⁶⁴ também aqui os já referidos.

Apesar de suficientes autores considerarem não existir qualquer conflito entre a substituição e a separação de poderes,⁶⁵ continuam ainda as advertências sobre a necessidade de contenção da jurisdição nos espaços que podem envolver tal receio.⁶⁶ Sob exigências de ponderação e proporcionalidade, os tribunais administrativos terão, assim, que ter cuidado para não ficarem aquém, mas também não irem além, no exercício dos poderes de substituição, pois não são vocacionados nem habilitados, constitucional ou legalmente, a proceder a uma *dupla administração*, formulando juízos incumbidos à Administração, no exercício dos poderes de valoração que a ela são exclusivos.⁶⁷

Ora, algumas garantias institucionais da separação de poderes podem reforçar a inconsistência desse limite: (i) consagração constitucional da interdependência dos órgãos de soberania, (ii) concepção das sentenças substitutivas de actos estritamente vinculados como exercício da função jurisdicional e não da Administração activa, (iii) passividade e exclusiva submissão à lei do juízo substitutivo como timbre da sua jurisdicionalidade, (iv) imparcialidade, a estrutura processual da substituição e a garantia do contraditório.

3. Discrecionariedade

Corolário do limite anterior, a discrecionariedade é, sem dúvidas, o mais robusto obstáculo apresentado à substituição – que pode ser constatado, aliás, pelas inúmeras referências que o CPTA lhe parece dedicar – consequência inevitável do

⁶⁴ Tal como se vê repetidamente em **FELIPE**, Miguel Beltran de. *Op. cit.*, p. 283.

⁶⁵ **SOUSA**, Marcelo Rebelo de. *Acção para a determinação...* *Op. cit.*, p. 181.

⁶⁶ **CORREIA**, Sérvulo. *Direito do contencioso...* *Op. cit.*, p. 761 – 767.

⁶⁷ **AMARAL**, Freitas do; **ALMEIDA**, Mário Aroso. *Grandes linhas...* *Op. cit.*, p. 54.

alargamento das vertentes estruturais dos poderes de pronúncia dos juízes administrativos.

Enquanto núcleo essencial da Administração, espaço de valoração próprio do exercício da função administrativa, a discricionariedade refere as escolhas sobre as melhores actuações que envolvem a satisfação de necessidades colectivas, a prerrogativa de avaliação sobre a oportunidade e preferência de medidas tendentes ao interesse público. Sobre ela, defende-se que a impossibilidade constitucional da substituição, ante um juiz que é apresentado como não estando vocacionado a administrar, um desconhecedor da estrutura do procedimento decisório discricionário.⁶⁸

É certo que a discricionariedade já não cobre, nos dias que correm, a totalidade da estrutura do acto administrativo e que o conflito só se mantém em relação aos aspectos discricionários.⁶⁹ Mas existem outros valores constitucionais com que a discricionariedade convive e que não podem simplesmente ser preteridos. Assim, a análise da substituíbilidade da Administração pelo poder judicial neste domínio tem de comportar em si o reflexo do quadro constitucional, devendo questionar-

⁶⁸ **PORTOCARRERO**, Maria Francisca. *Op. cit.*, pp. 368, ss.

⁶⁹ Quer o n.º 2 do art.º 71.º como o n.º 1 do art.º 179 do CPTA são acusados de representarem intromissões do poder judicial sobre o momento de prática do acto, uma intervenção na oportunidade da decisão, por permitirem a fixação de aspectos ou vinculações sobre os quais deve incidir a actuação da Administração, problema já percebido na confecção do projecto do código, quando se propunha que o tribunal devesse fixar “as directivas de juridicidade do *iter* valorativo e cognoscitivo que conduz à decisão administrativa” (*cfr.* **PORTOCARRERO**, Maria Francisca. *Op. cit.*, p. 358). Embora não deixe de ser duvidoso que ao tomar tal intervenção o juiz possa ser tentado a interferir sempre, directa ou indirectamente, no âmbito de actuação da Administração, não somos por essa orientação, porquanto, ao recusar a intervenção em espaços de discricionariedade, como várias vezes faz alusão no seu articulado, parece-nos que o CPTA manifesta essa distinção entre os aspectos vinculados dos não vinculados do acto administrativo e admite que nos espaços de vinculação possa o Tribunal, protector da juridicidade, fixar parâmetros ou critérios de actuação. Tratando-se de um espaço de vinculação (porque a discricionariedade não é sindicável), e tendo as partes a obrigação de levar ao processo todas as circunstâncias que levaram à decisão, o juiz disporia de um conjunto de informações que o habilitariam a tomar a decisão, não devendo repetir procedimento algum, aliás tendo o dever legal de condenar a administração. Por ser uma sentença, os contra-interessados que devem ser ouvidos são os designados em lei processual e não os que se afiguram legítimos em procedimento de decisão administrativa. A especificação pelo particular dos termos por meio dos quais pretende a condenação da Administração, seja em processo declarativo, seja em executivo, confere-lhe liberdade de actuação sobre o objecto do pedido. Só em caso de as informações apresentadas pelo demandante não serem satisfatórias para a declaração de *procedimento suficiente*, o juiz teria de recomendar apenas que a Administração devesse praticar o acto. (Vide, porém, as opiniões contrárias de **SILVA**, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise: Ensaio sobre as acções no novo processo administrativo*. Lisboa, Almedina, 2005, pp. 362, 363; **PORTOCARRERO**, Maria Francisca. *Op. cit.*, pp.359, ss., em especial p. 373).

nos sobre o que é que a Constituição reserva ao Poder Administrativo no tocante ao cumprimento das sentenças judiciais e que relação estabelece com as suas faculdades como poder.

I. Ora, de acordo com a compreensão de que, na busca do dever-ser, as normas constitucionais pretendem uma regulação de nível óptimo, de resultado óptimo, e neste sentido, toda a sua regulação deve ser pretendida em conformidade com a melhor coerência possível de funcionamento do sistema, o dever que se fixa a todos os órgãos públicos de cumprimento das decisões dos tribunais deve ser considerado inabalável (Art.º 205.º, n.º 2, C.R.P.). O legislador, que materializa as orientações da Constituição, deve cuidar de elaborar meios que, à luz da Constituição, determinem a sujeição da Administração aos julgados, mesmo em caso de discricionariedade.

Para cercear o espaço de discricionariedade, com a máxima regulação legal possível, o legislador constituinte deve fixar comandos injuntivos ao legislador ordinário de previsão das escolhas possíveis no quadro da definição e actuação Administrativa. Se o contencioso elaborado pelo legislador recusar a intervenção do tribunal, mesmo em caso de recusa da Administração na prática do acto, estará a consagrar uma faculdade de desobediência das sentenças judiciais, que é assim, completamente inconstitucional. Toda a vontade administrativa que se desvie do cumprimento da sentença, em princípio não é uma vontade defensável nem valiosa pelo Direito.⁷⁰

Não podemos deixar de admitir que deste modelo podem resultar perigos, pois o seu exercício pode implicar uma reverificação dos pressupostos de facto ou uma reconstituição da fase instrutória do procedimento administrativo, inadmissível à luz da separação de poderes e do espaço reservado da discricionariedade da Administração.⁷¹ Não podemos, e duvidamos que alguém o possa, com segurança, afirmar que a consagração na Constituição da sujeição dos demais órgãos do poder à Lei Fundamental tenha pretendido incidir sobre os conflitos que, no contencioso administrativo, se verificam com a separação de poderes e a discricionariedade. Na verdade, o legislador constituinte nunca pretendeu aceitar tão má fortuna,

⁷⁰ **FELIPE**, Miguel Beltran de. *Op. cit.*, p. 316.

⁷¹ **AMORIM**, João Pacheco de. *Op. cit.*, p. 476.

transmitindo-a ao legislador ordinário. Sendo um espaço em que este é livre de conformar o regime, a solução do CPTA orientou-se em recusar a substituição jurisdicional, bem como todas as outras formas de intervenção directa do juiz, e manter-se-á, em vigor, enquanto não for declarada inconstitucional. É preciso, sobretudo, isso sim, que tanto o legislador tome a cautela máxima de modo a poder elaborar os limites razoáveis de intervenção do juiz na função administrativa, conjugando a separação de poderes e a necessidade de tutela efectiva das posições dos particulares, como o juiz seja não só tenaz, mas prudente e sábio ao não cair na tentação de um certo activismo judicial ou *discrecionalidade judicial*.^{72/73}

II. Outrossim, entende Beltran de FELIPE⁷⁴ que, em sede executiva, pode existir um resíduo de *discrecionalidade* que não é na verdade *discrecionalidade*, mas antes “opcionalidade”. Por não ser *discrecionalidade*, entende o autor que não consiste num fazer personalíssimo, do ponto de vista constitucional, e portanto é substituível pelos tribunais.⁷⁵ Em síntese, a sua tese pode definir-se na constatação de que, apesar de a Constituição conceder à Administração um status protegido, insubstituível – uma faculdade de definição ou interpretação do interesse geral que, e para efeitos de controlo judicial, apresenta-se como *discrecionalidade* – na actividade de cumprimento das sentenças, como ponto de equilíbrio do sistema constitucional, a Administração é substituível pelo juiz por, não tendo disposto da margem de actuação que lhe é conferida em sentença pela *opcionalidade*, não existir mais vontade alguma a relevar.⁷⁶ Tendo sido fixados os termos da actuação

⁷² **ANTUNES**, Luís Filipe Colaço. *O juiz administrativo...* Op. cit., pp. 199, 204. Uma das formas fiéis desse desempenho, como indica **CORREIA**, Sérvulo. *Direito do contencioso...* Op. cit., p. 778, é o do uso do método de controlo pela negativa, nos termos do art.º 266.º, n.º 2, C.R.P., pois ao tutelar um interesse legalmente protegido ou a controlar a *relevancy*, o *purpose* ou a *reasonableness* (**CRAIG**, apud *Ibidem*), os tribunais não ditarão qual resultado deveria ser alcançado, mas tão-só impor limites formados pelos modos segundo os quais não é lícito agir.

⁷³ Neste sentido tem-se pronunciado o Supremo Tribunal Administrativo. No Acórdão de 16 de Fevereiro de 2000, o Tribunal afirmou que apesar de a Administração se encontrar vinculada a princípios como o da justiça e proporcionalidade, aos juízes cabe apenas averiguar se tais limites foram ultrapassados ou violados, detectando e reprimindo a antijuridicidade, não sendo legítima a substituição para efeito de reponderação de juízos valorativos que integram materialmente a função administrativa (disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/3579f4abf76c86cf8025698c003cd10f?OpenDocument>).

⁷⁴ Com uma perspectiva aproximada, vide **ANTUNES**, Luís Filipe Colaço. *O juiz administrativo...* Op. cit., pp. 201, ss.

⁷⁵ **BELTRAN DE FELIPE**, Miguel. Op. cit., p. 28.

⁷⁶ **FELIPE**, Miguel Beltran de. Op. cit., p. 322, 323.

da Administração, a esta incumbia apenas optar nos limites do julgado: não fazendo, as escolhas cristalizavam-se e à Administração retirar-se-ia a oportunidade de escolha.

As teses de Beltran de FELIPE não estão, todavia isentas de críticas decisivas. O primeiro contra-argumento reside na errada previsão de que a discricionariedade é sempre um problema da fase executiva. O autor reconhece que a discricionariedade é um espaço a ser respeitado e sobre o qual não deve a jurisdição intervir, pelo que a superabilidade desse obstáculo só é possível em fase de execução judicial, após esgotadas as oportunidades de escolha da Administração. O contra-senso do autor está exactamente em relação ao título executivo, que deve resultar de uma decisão em processo de declaração. Se nesta a jurisdição não dispõe (nas palavras do autor, “não deve dispor”) de qualquer forma de intervenção, não vemos como pode criar-se a aclamada “opcionalidade.”

Ademais, a ideia da opcionalidade não conseguiria fundamentar a antecipação jurisdicional no caso do processo urgente de intimação para protecção previsto no CPTA (art.º 109.º, n.º 3).

4. Causas legitimadoras do incumprimento (art.º 163.º)⁷⁷

Um verdadeiro limite à substituição é o conjunto de interesses contrapostos a que a decisão seja tomada, ou seja, a existência de interesses superiores que podem ser abalados com a realização e concessão do benefício do julgado ao particular.⁷⁸

Ao não cumprir o disposto na sentença, a Administração pode ter sido motivada pela ponderação de outros interesses, dignos da mesma ou de superior

⁷⁷ Não retomaremos aqui o problema tradicional das causas de legitimação e os perigos de usurpação, por parte da Administração, dos reais fins do instituto, que é, aliás, um dos grandes males do contencioso clássico. Sabemos, obviamente que a conclusão a que chegaremos enfrentará os riscos e questionamentos sobre a consistência e validade das causas que a Administração apresente. Mas nisto o CPTA não é diferente e a ele simplesmente tentámos ser fiéis.

⁷⁸ Como adverte **FELIPE**, Miguel Beltran de. *Op. cit.*, p. 335, é preciso não confundir este problema com a mera dificuldade prática de executar a sentença. Só existe o conflito referido quando os interesses são excludentes entre si, alternativos em sentido absoluto, e não possam ser resolvidos pela *concordância prática* (**CANOTILHO**, Gomes. ... *Op. cit.*, p. 1225.). No caso de dificuldade, podem executar-se as sentenças com esforços maiores da Administração ou ainda por uma fixação de prioridades, cumprimento faseado, que permitam a realização cabal de todos os interesses.

tutela jurídica, que lhe cumpre realizar e não num simples desejo de rejeitar a sua sujeição ao comando judicial. É verdade que, ao fixar-se a obrigatoriedade dos julgados, é o Direito e a justiça que os juízes tentam realizar (art.º 158.º, n.º 1). Mas, o cumprimento de sentenças não é o único dever que a Constituição deixou a cargo da Administração e o ordenamento jurídico também exige à Administração que preste os serviços públicos, pelo que, em princípio, ela deve satisfazer ambas as injunções constitucionais, sem que possa legitimamente, de modo simples, deixar de garantir uma coisa para garantir outra.

Ora, parece haver aqui um conflito, um paradoxo, quando a Administração é colocada diante desta hipótese sem poder realizar simultaneamente ambos os interesses.

Portanto, pode existir uma oposição entre o interesse público de cumprir a sentença e o interesse de não a executar, que deve ser resolvido, à luz da hermenêutica jurídica, pela ponderação judicial do interesse superior (na impossibilidade de realizar ambos sem prejuízos excessivamente perceptíveis) ou sob um critério de proporcionalidade de sacrifícios.⁷⁹

Julgamos que a substituição, apesar de ser um imperativo necessário do Estado de Direito, pode ver-se, nestas ocasiões, relativizada pelos conflitos com interesses de terceiros ou de um interesse geral superior.⁸⁰

O que não pode é fazer-se justiça a qualquer preço (sob um dogma de irrefutabilidade das decisões judiciais, às quais cumpriria obedecer irracionalmente) e à custa do interesse de todos, porque então não seria, em rigor, justiça.⁸¹

⁷⁹ **FELIPE**, Miguel Beltran de. *Op. cit.*, p. 331.

⁸⁰ Sobre a superioridade do interesse público e a sujeição da Administração imposta pela Constituição vide **SOUSA**, Marcelo Rebelo de; **MATOS**, André Salgado de. *Direito administrativo geral: Introdução e princípios fundamentais*. 2.ª ed., Lisboa, Dom Quixote, 2006, tomo I, pp. 44, 45; **FELIPE**, Miguel Beltran de. *Op. cit.*, p. 326. Como refere ainda este último autor, nos ordenamentos francês e belga, a solução deste conflito tem sido apresentada no uso do sistema das *convalidações legislativas*. Sob este instituto, a sentença, apesar de considerada pedra angular das ordens constitucionais em destaque, pode ser convalidada pela Lei, quando a sua execução seja propensa a causar dificuldades enormes à Administração e a terceiros. Sem que se deixe de duvidar da sua conformidade com a separação de poderes e com o respeito da coisa julgada, o seu fundamento e finalidade são, todavia, inquestionáveis. *Cfr. Idem*, pp. 327, 328.

⁸¹ *Vide*, a propósito, **FELIPE**, Miguel Beltran de. *Op. cit.*, p. 329.

Parece-nos, deste modo, que grande parte da construção doutrinária elaborada em torno dos limites à substituição não represente na verdade problemas da substituição enquanto instrumento ao serviço do contencioso, mas antes se manifeste como impedimentos ao reconhecimento do poder de execução forçosa da administração pelo poder judicial.

Daqui resulta a necessidade de elaborar uma teoria da substituição que se adequue ao modelo de Estado de separação de poderes e de infungibilidade administrativa, cuidando de afastar os desacertos com que ela tem sido conotada. A visão conceitual dos limites que acabamos de propor impõe uma adequação da noção de substituição.

Qual é assim o melhor conceito de substituição jurisdicional?

IV

O ENQUADRAMENTO DA SUBSTITUIÇÃO JURISDICIONAL NA SEPARAÇÃO DE PODERES E NO ESTADO DE DIREITO

É preciso, agora, elaborar um conceito de substituição, com o esforço de o capacitar ao enquadramento no modelo de Estado que exige a separação de poderes.

1. O Conceito

A substituição deve ser percebida como uma decisão, por meio da qual os tribunais, *de per si*, determinam a produção de efeitos jurídicos de actos de competência originária da Administração, com permissão expressa conferida pelo ordenamento jurídico.

Da substituição pode resultar:

O suprimento da omissão da prática de um acto administrativo, ou

A sua revogação, desde que acompanhada da introdução de uma nova disciplina para a situação jurídica regulada pelo acto revogado.

Quatro particularidades podem, à partida, se assacadas deste conceito:

A determinação judicial

A substituição é específica e caracterizadora da função jurisdicional (aferida da plena jurisdição, isto é, da presença da Administração como parte de um processo), enquanto a determinação pelo tribunal dos efeitos do acto estaria fundamentada na existência não apenas de posições jurídicas conflitantes no processo, mas também da defesa da legalidade, função igualmente do juiz.

Com as injunções do Estado de Direito, assentes na realização plena da justiça e no respeito dos direitos subjectivos dos particulares face a Administração, só os objectivos de reposição da legalidade e da juridicidade poderão, em princípio, estar na origem da substituição jurisdicional da actividade administrativa. Nesta conformidade, a substituição apresentar-se-á como um elemento realizador da boa administração, compreendida como um fim de todos os órgãos e estruturas do Estado e não apenas da Administração.

O respeito dos domínios de funcionalidade

A jurisdição pratica actos sobre matérias cuja competência primária ou normal pertence ao órgão administrativo.

O reconhecimento de competências naturais da Administração sobre as áreas em que pretende intervir a jurisdição em substituição é crucial para o respeito da separação de poderes. Este reconhecimento verifica-se por três vias essenciais: (i) pela iniciativa: a iniciativa nunca é do juiz, está dependente sempre de iniciativa externa, terá de ser sempre uma substituição provocada (passividade jurisdicional); assim o juiz não assalta o domínio da Administração por não poder, *ex officio*, determinar a substituição ainda que repare a necessidade de restabelecimento da ordem jurídica⁸²; (ii) pelo respeito do espaço de discricionariedade próprio da Administração; (iii) pela prioridade administrativa: é pressuposto que tenha sido recusada pela Administração a prática desse acto ou recusada a apreciação do requerimento dirigido à sua emissão: é o mesmo que

⁸² **FELIPE**, Miguel Beltran de. *Op. cit.*, pp. 414, 415.

pretender que se tenha dado primeiramente a oportunidade à Administração para a prática do acto;⁸³ (iv) pela possibilidade de, em reforço da legalidade e separação funcional, ser o acto praticado por um órgão distinto da Administração e do Tribunal, mas ligado e coadjutor da função jurisdicional, tal como acontece no contencioso italiano.⁸⁴

Legitimação

A substituição só pode ocorrer existindo uma permissão conferida pela ordem jurídica, com o fim de restabelecimento da legalidade violada. Deve ocorrer nos estritos limites da matéria inerente à compreensão da função jurisdicional, ou seja, da tutela de direitos e interesses legítimos numa ordem social, do controlo do desempenho de funções administrativas que lhes sejam nocivas, da resolução de conflitos de interesses públicos e privados e da repressão das violações da legitimidade democrática. É o desenvolvimento do Estado de Direito em causa que tem de impor soluções imediatas e justas aos conflitos jus-administrativos, responsabilizando os tribunais na sua consecução.

Afirmando-se como uma importante garantia para os particulares, o poder de substituição deve possuir a peculiaridade de ser percebido como capaz de permitir que o tribunal entre pelos domínios da reintegração da ordem jurídica violada, fazendo ele próprio o que a Administração não fizera, ou não quisera fazer.⁸⁵ Ao apresentar a integral redefinição do direito, a substituição acaba por aproveitar à própria relação jurídica administrativa, na medida em que o tribunal sanciona a ilegalidade e procede, ao mesmo tempo, à consequente reintegração do dever-ser violado.

⁸³ A fixação de um prazo prévio em sentença para a emissão do acto representa, pois, uma preferência pela actuação da Administração, a quem são conferidos vários meios de realização da decisão judicial. Estando dependente da falta de execução por parte da Administração, a substituição é, por isso, um mecanismo subsidiário e não de natureza imediata.

⁸⁴ Convém relembrar que a técnica do comissário *ad acta* tende a ser considerada como um instituto de natureza não administrativa, mas antes jurisdicional. O comissário não actua em nome próprio mas em nome do órgão judicial. As reclamações que contra tal figura se podem formular não são sobre actos administrativos, mas sobre actos jurisdicionais.

⁸⁵ Freitas do **AMARAL**, *apud* **AMORIM**, João Pacheco de. *Op. cit.*, p. 475.

Necessária criação de um acto produtor de efeitos jurídicos

Existente nas duas vias possíveis de incidência da decisão: integrativa e a revogatória. O tribunal não dispõe em contencioso administrativo de meios para praticar actos materiais de execução de decisões. A sua intervenção na realização da justiça deve limitar-se aos meios compatíveis com a sua natureza, i.e., o da possibilidade de os meros efeitos jurídicos poderem ser produzidos por emissão de uma sentença judicial. A sentença deve, deste modo, incidir sobre um acto cujo conteúdo, pressupostos e efeitos se encontrem pré-determinados por qualquer norma primária do direito administrativo.

2. Modalidades de substituição

Há duas modalidades em que o tribunal aparece como substituto da Administração: a integrativa e a revogatória.⁸⁶

A integrativa permite ao tribunal suprir a omissão da Administração, possibilitando, através da intervenção substitutiva, a integração da legalidade objecto de inércia do órgão normalmente competente para a adopção do acto. Nesta modalidade, a decisão substitutiva é tomada apenas para reintegrar a legalidade violada por omissão. O direito impõe-se como critério materialmente determinante do juízo e não apenas atributivo de uma competência delimitativa da prática de actos. O órgão substituído verá sempre a sua autotutela preservada, desde que este, podendo agir não o fez apenas porque não o quis.

Se ao juiz não for permitido, *ex officio*, praticar o acto, por apenas ter detectado a omissão, uma sentença integrativa não ultrapassará minimamente os limites da função jurisdicional e respeitará a separação de poderes.

A substituição revogatória tem como pressuposto a prévia existência de um acto praticado pelo órgão administrativo e implica a adopção pelo juiz, em sentença, de

⁸⁶ Comparando com o direito substantivo, Paulo OTERO destaca vários tipos de substituição interna: a vicarial, a dispositiva, a revogatória, a integrativa, a sancionatória, a extraordinária e a prejudicial. Além da revogatória e da integrativa, as demais não são transponíveis para o contencioso. *Vide O poder de substituição em direito administrativo: Enquadramento dogmático e constitucional*. Lisboa, 1996, p. 492.

um acto secundário que, revogando os efeitos do acto primário, contém, paralelamente, uma nova regulamentação material da situação jurídica.

Para ser jurisdicional tem de apenas visar reintegrar a ordem jurídica violada, mediante a supressão da infracção cometida (porque só assim se conservará nos limites ou da tutela dos direitos de particulares, se ela no caso integrar o bloco de legalidade do acto a revogar, ou da repressão da violação da legalidade democrática), ou, ainda da resolução de um conflito de interesses a que se possa pôr termo pelo apelo ao direito.

O juiz administrativo só pratica o acto substitutivo revogatório porque a legalidade vigente, impondo o desaparecimento do acto revogado e a necessidade de prática de novo acto, assim o exige.

3. Fundamentação teleológica

A substituição só pode sobreviver com a finalidade de preservação e construção de uma ordem jurídica democrática. Na qualidade de defensores da integridade do sistema constitucional e da legalidade administrativa, os tribunais são responsáveis pelo retorno do equilíbrio rompido pela ilegalidade cometida, com a recusa, por parte da Administração, em conferir validade e vinculação à sentença de um tribunal. A substituição passa, assim, a defender simultaneamente os direitos dos particulares, o equilíbrio constitucional e o Estado de Direito, pois é proposta como um meio de evitar e superar a recusa da Administração em sujeitar-se ao poder judicial.

4. A natureza jurídica

Com base no que aqui espreaiámos, podemos concluir que a substituição, além de uma identidade própria, é um acto jurisdicional, jurídico, reintegrativo, de realização dependente e subsidiário.

É sempre um acto jurisdicional: por ter presente e visar o exercício da função jurisdicional.

É sempre um acto jurídico: sendo que a prática de eventuais actos materiais só pode ocorrer numa perspectiva secundária e excepcional, fora do conceito de substituição, ou que, pela sua irrelevância, não possam afectar a sua natureza.

É um acto reintegrativo da ordem jurídica violada: não se trata de uma substituição da Administração no original sentido da palavra.

É sempre de realização dependente: pois a sua adopção pelo tribunal está condicionada à iniciativa e disposição do particular demandante.

É uma medida subsidiária: pretende-se sempre que seja a Administração a executar o julgado.

É *sui generis*, não é parte do processo de declaração, mas também não é totalmente compatível com o sentido de processo executivo.

V

CONCLUSÕES

A substituição da Administração pelo poder judicial em contencioso administrativo é uma das mais importantes prerrogativas reconhecidas pelo legislador reformista. Consagrada no contencioso português para servir como um instrumento ao serviço da execução, determinou todo o tratamento dogmático que lhe foi conferido pós-reforma. Influenciados pelo problema da execução das sentenças administrativas, os seus tratadistas referem sempre os demais mecanismos executórios ou de coacção indirecta da Administração como fazendo parte do domínio da substituição, quando substituição, diferente dos outros institutos, é a única a representar a execução do julgado pela própria pessoa do juiz, pelos seus próprios meios.

Ao tratar dos limites, normalmente em torno da natureza da decisão judicial, da fungibilidade e separação de poderes, as opiniões doutrinárias socorriam-se de alternativas impossíveis dentro da figura da substituição, tornando vão tais esforços se a própria coerência do sistema cuidava de os completar. Somente os casos de conflitos com interesses de superior relevância e com a

discrecionariade, únicos onde a substituição se depara com efectivas contenções, conheceram uma abordagem exclusiva sobre os efectivos problemas práticos da substituição.

Neste quadro, propusemo-nos a limar essas arestas no campo dos limites, com a elaboração conceitual da substituição que, adaptando-se ao Estado de Direito Democrático, que impõe o respeito pelos direitos dos particulares e da sujeição às decisões judiciais, lhe reconhecesse o de pura execução da lei. Nas duas modalidades que apontamos, a integrativa (para novos actos, seja em acção principal ou em processo urgente), e a reintegrativa (para anulação e criação de novo acto administrativo), o juiz intervém para o restabelecimento da legalidade violada, mas cuidando sempre, dentro dos limites fixados pelo legislador, de não criar um espaço autónomo de decisão e exercício da actividade administrativa.

As ideias de valor de mero acto jurisdicional, circunscrito preponderantemente à produção de efeitos jurídicos, subsidiária, de accionamento dependente correspondem, assim, ao conceito que mais julgámos adequado à substituição. Só compreendidos dessa forma os limites podem de facto conviver com o Estado de Direito. Conhecemos o perigo de a construção que propomos colocar o juiz como intérprete privilegiado do que seja a juridicidade. Mas isso não é diferente nos demais espaços do ordenamento jurídico e adequa-se completamente ao modelo de Estado que todos devemos perseguir.

BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRINO, José A. de Melo. *Il sistema portoghese dei diritti e delle liberta fondamentali: Zone franche nella tutela giurisdizionale* (Estratto). Diritto Pubblico comparato ed europeo, Giappichelli Editore, 2003, n.º 1.

ALMEIDA, Mário Aroso de. *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*. 4ª ed. revista e actualizada, Lisboa, Almedina, 2005.

ALMEIDA, Mário Aroso de. *Tutela declarativa e executiva no contencioso administrativo português*. In *Cadernos de justiça administrativa*, n.º 16.

AMARAL, Freitas do; ALMEIDA, Mário Aroso. *Grandes linhas da reforma do contencioso administrativo*. 2.^a ed., Lisboa, Almedina, 2002.

AMORIM, João Pacheco de. *A substituição judicial da Administração na prática de actos administrativos devidos*. In *Reforma do contencioso administrativo: O debate universitário (trabalhos preparatórios)*. Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e de Planeamento. Lisboa, Coimbra Editora, 2003, vol. I.

ANDRADE, Vieira de. *A justiça Administrativa*. 9.^a ed., Coimbra, Almedina, 2007.

ANDRADE, Vieira de. *Reforma do contencioso administrativo: O debate universitário (trabalhos preparatórios)*. Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e de Planeamento. Lisboa, Coimbra Editora, 2003, vol. I.

ANTUNES, Colaço; MORENO, Sáinz (coordenadores). *O Acto no contencioso administrativo: Tradição e reforma. Colóquio Luso-espanhol*. Lisboa, Almedina, 2005.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *O juiz administrativo senhor do processo executivo: a execução substitutiva pela Administração na presença de discricionariedade*. In *AAVV. Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*. Coimbra Editora, 2007, vol. III.

APREA, Guido. *Inottemperanza inerzia e commissario ad acta nella giustizia amministrativa*. Milano, Dott A. Giuffrè editore, 2003.

BOTELHO, José Manuel Santos. *O acto e as novas pretensões condenatórias no processo administrativo na perspectiva da execução do julgado anulatório*. In *O Acto no contencioso administrativo: Tradição e reforma. Colóquio Luso-espanhol*. ANTUNES, Colaço; MORENO, Sáinz (coordenadores). Lisboa, Almedina, 2005.

BRANCO, Nuno Ricardo. *Efectividade da tutela administrativa e sentenças substitutivas de actos administrativos*. Lisboa, FDUL (não publicada), 2004.

BRITO, Mário de. *Acesso ao Direito e aos Tribunais*. In *O Direito*, ano 127, Julho/Dezembro, 1995.

CAIANELLO, Vincenzo. *L'Esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo: il caso italiano*. In *Reforma do contencioso administrativo: O debate universitário (trabalhos preparatórios)*. Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e de Planeamento. Lisboa, Coimbra Editora, 2003, vol. I.

- CANOTILHO, Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- CAPITÃO, Gonçalo; MACHADO, Pedro. *Direito à tutela jurisdicional efectiva: Implicações na suspensão da eficácia de actos administrativos*. Separata n.º 3 da POLIS, Revista de estudos Jurídico-Políticos, Abril/Junho, 1995.
- CHAPUS, René. *Droit du contentieux administratif*. 10.^a ed., Paris, Montchrestien, 1998.
- CORDEIRO, Menezes. *Tratado de Direito Civil*. Coimbra, Coimbra Editora, 1999, vol. I.
- CORREIA, Sérvulo. *Direito do contencioso administrativo*. Lisboa, Lex, 2005, vol. I.
- CORREIA, Sérvulo. *O recurso contencioso*. In *Reforma do contencioso administrativo: O debate universitário (trabalhos preparatórios)*. Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e de Planeamento. Lisboa, Coimbra Editora, 2003, vol. I.
- COSTA, José Manuel Cardoso da. *A tutela dos direitos fundamentais*. In documentação e Direito Comparado, n.º 5, Lisboa, 1981.
- DAVID, René. *Les Grands Systèmes du Droit Contemporains (Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo)*. Trad. Hermínio A. Carvalho). São Paulo, Martins Fontes, 2002.
- FÁBRICA, Luís. *A acção para o reconhecimento de direitos ou interesses legalmente protegidos*. In Boletim do Ministério da Justiça, n.º 365.
- FEIJÓ, Carlos; POULSON, Lazarino. *A justiça administrativa angolana*. Luanda, Casa das Ideias, 2008.
- FELIPE, Miguel Beltran de. *El poder de sustitucion el la ejecucion de las sentencias condenatorias de la Administracion*. Madrid, Editorial Civitas, 1995.
- FIRMINO, Ana Sofia. *A intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias*. In *Novas e Velhas Andanças do contencioso administrativo: Estudos sobre a reforma do processo administrativo*. Vasco Pereira da Silva (coordenador). Lisboa, AAFDL, 2005.
- FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência: Fundamentos da Tutela Antecipada*. Ed. Saraiva, 1996.

MAÇÃS, Maria Fernanda. *A suspensão judicial da eficácia dos actos administrativos e a garantia constitucional da tutela judicial efectiva*. STVDIA IURIDICA n.º 22, Coimbra Editora, 1996.

MAFFEZZONI, Michela. *Ancora sulla natura e funzione esclusivamente giurisdizionale del giudizio di ottemperanza*. *Foro amm.*, 1987, II.

MARIÑAS, Pablo González. *Ejecución de sentencias contencioso administrativas en España*. In *Reforma do contencioso administrativo: O debate universitário (trabalhos preparatórios)*. Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e de Planeamento. Lisboa, Coimbra Editora, 2003, vol. I.

MARQUES, Francisco Paes. *A efectividade da tutela de terceiros no contencioso administrativo*. Lisboa, Almedina, 2007.

MELO, Barbosa de. *Parâmetros constitucionais da justiça administrativa*. In *Reforma do contencioso administrativo: O debate universitário (trabalhos preparatórios)*. Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e de Planeamento. Lisboa, Coimbra Editora, 2003, vol. I.

MOUZOURAKI, Paraskevi. *L'efficacité des décisions du juge de la légalité administrative dans le droit français et allemand*. Paris, 1999.

NIGRO, Mario. *Giustizia Amministrativa*. 5.ª ed., Bologna, 2000.

NOTARMUZI. *Il funzionario nominato commissario ad acta dal giudice amministrativo*. In *Rivista Amministrativa*, 1991.

OLIVEIRA, Cândido. *Apontamentos sobre a reforma do direito processual administrativo*. In *Reforma do contencioso administrativo: O debate universitário (trabalhos preparatórios)*. Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e de Planeamento. Lisboa, Coimbra Editora, 2003, vol. I.

PIMENTA, José Roberto Freire. *Tutela específica e antecipada das obrigações de fazer e não fazer no processo do trabalho: Cominação de prisão pelo juízo do trabalho em caso de descumprimento do comando judicial*. Disponível em http://www.mg.trt.gov.br/escola/download/revista/rev_57/Jose_Pimenta.pdf

PINHEIRO, Alexandre de Sousa; FERNANDES, Mário João de Brito. *Comentário à revisão constitucional de 1997*. Lisboa, 1997.

PORTOCARRERO, Maria Francisca. *Reflexões sobre os poderes de pronúncia do tribunal num novo meio contencioso – A acção para a determinação da prática de acto administrativo legalmente devido –, Na sua configuração no art.º 71.º do CPTA*. Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 67, I, Lisboa, 2007.

REBOLLO, Luís Martín. *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas como derivación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva: La situación en el derecho español*. In *O Acto no contencioso administrativo: Tradição e reforma. Colóquio Luso-espanhol*. ANTUNES, Colaço; MORENO, Sáinz (coordenadores). Lisboa, Almedina, 2005.

REGO, Carlos Lopes do. *Acesso ao direito e aos tribunais*. In *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*. Lisboa, 1993.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Novos perfis do processo civil brasileiro*. 1ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1996.

SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise: Ensaio sobre as acções no novo processo administrativo*. Lisboa, Almedina, 2005.

SILVA, Vasco Pereira da. *Vem aí a reforma do contencioso administrativo (!?)*. In *Reforma do contencioso administrativo: O debate universitário (trabalhos preparatórios)*. Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e de Planeamento. Lisboa, Coimbra Editora, 2003, vol. I.

SOARES, Rogério. *Direito Administrativo*. Coimbra, Coimbra Editora, 1978.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Acção para a determinação da prática de acto administrativo legalmente devido*. In *Reforma do contencioso administrativo: O debate universitário (trabalhos preparatórios)*. Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e de Planeamento. Lisboa, Coimbra Editora, 2003, vol. I.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Direito administrativo geral: Introdução e princípios fundamentais*. 2.ª ed., Lisboa, Dom Quixote, 2006, tomo I.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela antecipada*. In *Aspectos polémicos da antecipação da tutela*. (Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier), São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

TORRES, Mário Araújo. *Relatório síntese II do III seminário de justiça Administrativa*. In *Cadernos de justiça administrativa*, n.º 28.

VILLANI, Maurizio. *Processo tributario: il Commissario ad acta nel giudizio di ottemperanza*. In *La Rivista de Finanzia*, Abril/Maio, 2002.

ACÓRDÃOS

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Acórdão do TEDH no caso Guincho. In *Documentação e Direito Comparado*. N.º 14, pp. 101 e ss.

Tribunal Constitucional

Acórdão n.º 339/90, de 17 de Dezembro de 1990 (*In BMJ*, n.º 402, 199)

Acórdão n.º 62/91, de 13 de Março de 1991 (D.R. n.º 91, II Série de 19 de Abril de 1991)

Acórdão n.º 451/97 de 25 de Junho de 1997 (D.R. n.º 239, II Série, de 15 de Outubro de 1997)

Supremo Tribunal Administrativo

Acórdão de 16 de Fevereiro de 2000 (disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/3579f4abf76c86cf8025698c003cd10f?OpenDocument>).

[voltar ao índice ▲](#)

[inicio do texto ▲](#)

OS DEVERES AMBIENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Ney Belo

INTRODUÇÃO

A Carta Constitucional brasileira de 1988 foi responsável pela constitucionalização definitiva da proteção ambiental, positivando o ambiente em seu texto ora como bem jurídico, ora como valor jurídico, e estabelecendo o direito fundamental a viver em um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

Em capítulo próprio, e sob os auspícios do seu artigo 225, *caput*, parágrafos e incisos, a Carta Magna lançou previu direitos e deveres fundamentais abstratos, além de determinar, de maneira concreta e pontual, uma série de condutas e proibições que, ao talante do constituinte originário, concretizariam o direito fundamental previsto no *caput* daquele artigo.

Esta novel positivação clama pela análise do ambiente e dos instrumentos constitucionalizados para a sua proteção, e dentre todos aqueles ínsitos ao artigo 225, a criação de deveres talvez seja o que suscita maiores perplexidades e dúvidas para o jurista.

Se por um lado o ambiente não pode ser tratado como diversos outros bens jurídicos que se constituíram no alvorecer da modernidade, também não é possível protegê-lo sem lançar-se mão da dogmática moderna, razão pela qual a existência de ‘deveres constitucionais’ surge como um dos instrumentos possíveis de preservação ambiental.

A intenção deste artigo é a de lançar um pouco mais de luz sobre a questão, reconhecendo as diferenciações entre deveres abstratos e concretos e deveres autônomos e correlatos.

Também é objetivo deste texto esquadriñar, ainda que de forma superficial, os diversos deveres ambientais concretos que estão listados no texto constitucional brasileiro.

Acredita-se que a existência de deveres fundamentais ambientais, em sintonia com direitos fundamentais ambientais, com a fixação constitucional do ambiente como valor e como bem jurídico, tudo aliado a uma interpretação mais amiga do ambiente e à existência de uma administração ambiental autônoma são os elementos que caracterizam a existência de um Estado democrático de direito ambiental, disciplinado por uma Constituição Ecológica.

OS DEVERES FUNDAMENTAIS

Dois são os tipos de deveres que surgem do texto constitucional: deveres constitucionais autônomos e deveres fundamentais correlatos a uma norma de direito fundamental.⁸⁷

Existem deveres que não são correlatos às normas de direitos fundamentais, que são os deveres constitucionais autônomos. São deveres constitucionais – abstratos ou concretos - que não se vinculam à existência de uma norma de direitos fundamentais.

Outros deveres são decorrentes de normas de direitos fundamentais e podem estar conectados a direitos fundamentais caso as normas atribuam direitos subjetivos. Podem existir autonomamente, caso a norma possua apenas eficácia objetiva.

Estas quatro hipóteses de deveres constitucionais estão dispersas em todo texto da Constituição de 1988. É possível verificar deveres autônomos e abstratos, deveres autônomos e concretos, deveres fundamentais e deveres fundamentais decorrentes do dever estatal de proteção de direitos fundamentais.

⁸⁷ Robert Alexy levou a efeito outra hipótese de classificação de normas de direitos fundamentais que insculpem deveres fundamentais. Para o professor, as normas são vinculantes ou não vinculantes, constitutiva ou não de posições *prima facie*, e estatuinte de um direito ou de um dever. Das combinações possíveis surgem oito tipos de normas de direitos fundamentais. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 484.

As disposições de direitos fundamentais possuem uma dimensão jurídico-objetiva e desta dimensão decorre a existência de deveres fundamentais.⁸⁸

A dimensão objetiva, ou a eficácia objetiva das normas de direitos fundamentais acarreta na existência de deveres fundamentais que já foram vistos como o outro lado dos direitos fundamentais, mas na verdade, são categorias que não possuem, necessariamente, um correspondente nos direitos fundamentais.

Os deveres fundamentais são categorias autônomas diferenciadas dos direitos, pois não comportam subjetividade e existem na quadratura dogmática sem a correspondente assunção de uma posição jurídica equivalente.⁸⁹

Isto implica na constatação de que, mesmo quando não for identificada uma prestação oponível ao Estado, será o caso de um dever de fazer ou não fazer algo. Nas palavras de Gilmar Mendes⁹⁰:

Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais.

Obviamente, quando a norma de direito fundamental for uma norma de eficácia objetiva e eficácia subjetiva haverá uma relação entre deveres e direitos fundamentais, mas mesmo esta relação não se irá caracterizar por uma correspondência. Neste aspecto, o correspondente ao direito será uma obrigação e não um dever. Os deveres fundamentais são autônomos e independem da existência de um direito fundamental.⁹¹ No dizer de Canotilho, “[...] os deveres

⁸⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 89.

⁸⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 529.

⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 120.

⁹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 531.

fundamentais reconduzem-se a normas jurídico-constitucionais autônomas que podem até relacionar-se com o âmbito normativo de vários direitos”.⁹²

A Constituição possui como técnica normativa tanto a criação de direitos quanto de deveres, e tais, a depender da contextura das normas que os vetorizam no ordenamento jurídico, podem ser direitos e deveres de natureza fundamental.

Isto implica na existência de deveres e direitos que podem ser diretamente aplicáveis ou não. No que diz respeito aos deveres constitucionais fundamentais, existem aqueles que são diretamente exigíveis – e que tem a mesma função dos direitos e garantias fundamentais auto-aplicáveis – e aqueles que carecem de uma mediação legislativa, a definir o âmbito da exigência.

Embora a Constituição não defina quais obrigações devem ser imediatamente exigíveis - por serem auto-aplicáveis - e quais não comportam esta característica, percebe-se que em matéria de deveres fundamentais a auto-aplicabilidade se torna de mais difícil execução, na medida em que – para cumprimento de um dever – se faz mister procedimentos e estruturas organizatórias que não são necessárias para gozo de um direito.

Neste lance, em algumas situações e para cumprimento de alguns deveres, a mediação legislativa torna-se fundamental “[...] para a criação de esquemas organizatórios, procedimentais e processuais definidores e reguladores do cumprimento de deveres”.⁹³

Não se quer com isso dizer que os deveres fundamentais constitucionais estão no mundo jurídico em simetria com as normas constitucionais programáticas, mas apenas afirmar que nem todas as determinações que se lançam na Constituição estão aptas a gerar deveres auto-aplicáveis. Há uma necessária mediação legislativa para boa parte das normas.

Dentre as normas de direitos fundamentais encontram-se as que possuem eficácia objetiva e, portanto, geram deveres fundamentais, estão aquelas que geram direitos subjetivos, atribuídos a legitimados, tendo por sujeito passivo o próprio Estado.

⁹² CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 532.

⁹³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 531.

Tais normas geram uma categoria de deveres para o Estado que são os deveres estatais de proteção, que implicam no dever que o Estado possui de não permitir que particulares agredam os direitos fundamentais dos indivíduos.

A teoria dos deveres estatais de proteção implica no dever fundamental que o Estado tem de impedir agressões privadas aos direitos fundamentais, tornando-se ele um devedor do exercício de direitos fundamentais por parte dos cidadãos.

Da inserção comunitária dos direitos fundamentais decorre a obrigação de o Estado velar pela integridade dos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais e pela não perturbação do exercício das actividades por eles tipicamente protegidas, não apenas perante as entidades públicas, mas também relativamente a agressões ou ameaças provindas de outros particulares, mesmo quando estes fundamentam a sua actuação perturbadora ou agressiva na titularidade dos mesmos ou de outros direitos fundamentais.⁹⁴

A existência de um direito fundamental acarreta no dever fundamental do Estado de proteger este direito de agressões de terceiros, o que implica em uma postura estatal de garantidor do exercício do direito por parte dos respectivos titulares.

Observe-se que este dever estatal de proteção decorre do monopólio que o Estado moderno possui do uso da força. O papel do Estado a partir da modernidade intrinca-se com sua função de garantir a observância de suas normas, razão pela qual não há de ser tolerado o desconhecimento dos direitos fundamentais. Vedada a autodefesa surge para o Estado o dever de, por intermédio de suas mesmas forças, exercer a proteção e a tutela dos direitos fundamentais de seus cidadãos que podem ser eventualmente agredidos por outros particulares.⁹⁵ Neste sentido, “[...] o dever de proteção se traduz numa obrigação abrangente de o Estado conformar a sua ordem jurídica de tal forma que nela, e através dela os direitos

⁹⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 86.

⁹⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 88.

fundamentais sejam garantidos e as liberdades neles sustentadas possam encontrar efectivação”.⁹⁶

OS DEVERES CONSTITUCIONAIS AMBIENTAIS

O estabelecimento de deveres ambientais constrói um espaço de assunção de responsabilidades que permite a realização dos princípios constitucionais ambientais. Paralelamente aos direitos, as normas constitucionais fundamentais impõem deveres, e estes deveres resgatam a responsabilidade e o compromisso estatais e sociais com a preservação do ambiente. Segundo Canotilho, “o recorte de um dever fundamental ecológico, em nome da justiça intergeracional, pode implicar a tomada de consideração do ambiente no balanceamento de direito, acentuando-se os ‘momentos de dever’ até agora desprezados na dogmática jurídica”⁹⁷

Impende deixar claro que estas categorias de deveres fundamentais estabelecem determinações vinculativas, que não se confundem com meras determinações facultativas ou programáticas. Diz Canotilho⁹⁸:

No plano prático, a consideração do ambiente como tarefa ou fim normativo-constitucional consagrado implica a existência de autênticos deveres jurídicos dirigidos ao Estado e demais poderes públicos. Estes deveres jurídicos subtraem à disponibilidade do poder estadual a decisão sobre a proteção ou não proteção do ambiente. Por outras palavras: não está na livre disposição dos poderes públicos decidir se o ambiente (os elementos naturais da vida) deve ou não ser protegidos e defendidos. A imposição constitucional é clara: devem!

⁹⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 89.

⁹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra ed. 2004, p. 178.

⁹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 181.

A Constituição Federal de 1988 é pródiga no estabelecimento de deveres constitucionais ambientais. O artigo 225 § 1º estabelece um rol de deveres ambientais autônomos abstratos e que se integram aos deveres autônomos concretos estabelecidos pelos § 6º, ao dever autônomo e abstrato de preservar o ambiente determinado no *caput* e aos deveres fundamentais correlatos ao direito fundamental ao ambiente atribuído a todos.

Não é o caso de se perceber um dever fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado sem correlação com o direito fundamental de igual natureza pela só razão de a técnica constitucional ter optado pela construção de um modelo articulado de direitos e deveres decorrentes da função protetora do Estado. Isto se dá, pondo dogmaticamente a questão, por que a norma expressa pelo enunciado normativo do artigo 225 da Constituição Federal tem eficácia objetiva e subjetiva.

O dever constitucional de defender o ambiente e preservá-lo para as atuais e as futuras gerações é um dever atribuído ao Estado e também à sociedade civil. Disto decorre a existência de um dever autônomo e abstrato, de realizar o princípio constitucional da preservação ambiental, que possui conteúdo aberto e que deve ser densificado pelo aplicador da Constituição. Tal dever também é atribuído ao administrador, ao legislador e ao juiz, uma vez que a observância dos princípios, dos deveres e dos direitos constitucionais dirige-se a todo o Estado.

O conteúdo deste dever pode ser diretamente definido pelo aplicador da lei, mas pode ser também, mediado pelo legislador que pode definir as estruturas e os procedimentos organizacionais para a aplicação do dever.

O dever estatal abstrato e autônomo de proteção ao ambiente pode ser aplicado diretamente pelo magistrado que, na ausência de legislação que discipline este dever, pode estabelecer a dimensão real da observância do dever para o caso concreto.

Decorre disto a possibilidade de o Judiciário impingir ao executivo a realização de determinado ato, ou obrigá-lo a uma omissão em razão do cumprimento do seu dever constitucional ambiental.

Os deveres constitucionais ambientais estão dirigidos aos administradores, juízes e legisladores. Assim, o dever autônomo e abstrato que desborda da disposição de direito fundamental do artigo 225 implica na obrigação de juízes, administradores e legisladores de protegerem o ambiente.

Esta dimensão objetiva que desborda das normas constitucionais ambientais aponta para outra consequência da imposição de deveres ambientais para o Estado e a Sociedade. Trata-se da constitucionalização de bens e valores que se tornam decisivos para a interpretação das normas constitucionais ambientais.⁹⁹

Isto quer dizer que outra consequência do estabelecimento de deveres ambientais reside no direcionamento interpretativo que as normas criadoras de deveres ambientais constroem. A dimensão objetiva, que estabelece deveres ambientais é responsável pela construção do instrumental necessário à construção de uma interpretação mais amiga do ambiente.¹⁰⁰

O cumprimento deste dever por parte dos legisladores implica na ordem constitucional para criarem leis que protejam o ambiente e na determinação para não estabelecerem comandos normativos que importem na sua agressão. A não realização deste dever implica em uma inconstitucionalidade, seja por ação ou por omissão.

O dever abstrato e autônomo dos legisladores de criarem comandos normativos protetores para o ambiente não possui conteúdo explícito advindo do próprio texto constitucional. O fato de estar diante ou não de uma legislação que realize a obrigação estatal de preservar o ambiente é algo que comporta algumas relativizações e resoluções a partir do princípio da proporcionalidade. É claro que o constituinte estabeleceu parâmetros para aferir-se o cumprimento deste dever constitucional por intermédio do legislador, mas tais deveres são abstratos e, em última análise, são concretizados pelo legislador, e esta concretização é finalizada pelo Estado-administrador e pelo Estado-Juiz.

O legislador, além de destinatário direto deste dever autônomo de preservar, também possui a função de mediar o dever abstrato e autônomo que se impõe aos

⁹⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Ed, 2004, p. 181.

¹⁰⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Proteção do ambiente e direito de propriedade**: crítica de jurisprudência ambiental. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 83.

demais poderes do Estado. A Constituição, em seu artigo 225 estabelece um dever de preservar o ambiente que é um dever sem conteúdo aparente. Ao editar comandos normativos o legislador também dá densidade a este dever abstrato, concretizando e mediando o dever que a Constituição impõe a todos.

Na mesma medida, o Estado-administrador quando realiza políticas públicas de proteção do ambiente ou de preservação de ecossistemas e recursos naturais está observando o dever constitucional que lhe foi imposto. Esta atuação da administração pública ambiental pode se dar tanto em cumprimento a normas infraconstitucionais que regulamentam a aplicação direta de deveres constitucionais e ambientais, como em razão de aplicação direta deste dever, que terá sido mediado e densificado por obra do legislador infraconstitucional.

De uma forma ou de outra, o cumprimento por parte do executivo do dever constitucional autônomo e abstrato de preservar o ambiente passará sempre pela interpretação dos contornos e limites deste dever. Dito de outro modo, ou o legislador ou o administrador estarão sempre interpretando o fato e a norma impositiva de dever autônomo e dando-lhe feição. O Estado-administrador sempre o fará quer este dever seja auto-aplicável quer seja este dever aplicável após mediação do legislador.

O Judiciário também se vê jungido pelo dever de preservar o ambiente. Tal dever se realiza através da observância de uma interpretação ambientalmente adequada da Constituição e da legislação ordinária. O cumprimento do dever autônomo e abstrato de preservar o ambiente se dará no estabelecimento de conteúdo, no caso de aplicação de uma norma genérica, para a norma ambiental.

O processo de concretização de um dever fundamental é sempre o processo de estabelecimento de conteúdo e limites para atos normativos quando forem agredidos ou requestados em um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.

Neste particular, cabe observar que ao Judiciário, em cumprimento do dever constitucional de preservar o ambiente caberá, também, observar se o dever foi corretamente cumprido pelo legislador e pelo administrador.

Este dever do Judiciário impõe a interpretação mais amiga do ambiente¹⁰¹ para o caso de ponderação entre valores e direitos de matriz constitucional. A aplicação das normas constitucionais diretamente ou por meio da aplicação de normas infraconstitucionais concretizadoras do direito constitucional ambiental pressupõe uma ponderação de princípios e de valores. Neste mister o Judiciário deverá utilizar-se do princípio da proporcionalidade para fazer a ponderação.

Quando se cria conceitualmente um Estado adjetivado, denominando-o de Estado democrático de direitos ambientais, quer se dizer que o Estado – através do administrador, do legislador e do juiz – deve atentar para o peso do valor ‘preservação ambiental’, e considerá-lo como uma escolha jurídico-democrática importante na sociedade pós-moderna.

Como bem anota Canotilho, as normas constitucionais ambientais que impõem deveres, finalidades e tarefas ambientais ao Estado têm o condão de impor atuações em conformidade com as suas determinações. Tais imposições, quando se está diante de deveres abstratos como, *in casu*, o que ex-surge autonomamente do artigo 225 da Constituição Federal ou que surge correlato ao direito fundamental ao ambiente, possuem dinamismo e natural abstração.

As normas-fim e normas-tarefa ambientalmente relevantes são normas constitucionais impositivas. Por isso, impõem ao legislador e a outras entidades (autonomias locais) o dever de adoptar medidas de protecção adequadas à protecção do ambiente. Mas não apenas isso. A doutrina salienta que as normas-fim ecológicas e ambientais constitucionalmente consagradas têm um carácter dinâmico que implica um permanente actualização e aperfeiçoamento dos instrumentos jurídicos destinados à protecção do ambiente perante os novos perigos de agressões ecológicas.¹⁰²

¹⁰¹ A interpretação mais amiga do ambiente é a interpretação ambientalmente adequada que compõe o sentido do Estado democrático de direitos ambientais. Trata-se de uma forma de interpretar o texto constitucional que valorize os princípios da preservação ambiental e do direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, reconhecendo os deveres ambientais além do tratamento constitucional dado ao bem jurídico ambiente.

¹⁰² CANOTILHO, J.J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Ed, 2004, p. 182.

Caracterizar o Estado contemporâneo como um Estado democrático de direitos ambientais significa dentre outras coisas, que este Estado, por intermédio de seus poderes, considera positivamente os deveres ambientais, os princípios ambientais e os direitos ambientais ao ponto de tomá-los em relevância quando da ponderação com outros deveres e outros direitos em um processo de colisão.

O que desborda deste raciocínio é a certeza de que a norma constitucional – mesmo estabelecendo deveres ambientais autônomos e concretos – não acompanha o dinamismo da sociedade, razão pela qual o Judiciário, também guiado pelo dever constitucional ambiental de preservar o ambiente, deve interpretar as normas desde compreensões ambientais constitucionalmente adequadas. Compreensões constitucionais ambientalmente adequadas são aquelas que se sustentam a partir de uma leitura ambiental da Constituição.

O dever constitucional abstrato e autônomo de preservar o ambiente é um dever que se constrói tanto mais quanto for elemento estrutural de adjetivação do Estado na pós-modernidade.

Assim, todos os Poderes terão o dever constitucional de preservar o ambiente, dever esse que é autônomo – por que não se articula com o direito fundamental ao meio ambiente –, e abstrato – por que o constituinte não o determinou concretamente.

3.1. Deveres constitucionais ambientais autônomos e concretos

O Estado possui deveres com o ambiente que estão em um rol de deveres ambientais concretos, e que em razão de se tratar de deveres cujo objeto é um item fundamental na estruturação do Estado, são elementos caracterizadores do Estado Democrático de Direito Ambiental.

A norma do artigo 225 da Constituição estabeleceu o dever constitucional concreto de preservar o ambiente que se demonstra a através do estabelecimento de mandamentos concretos dirigidos ao Executivo, ao Legislativo, ao Juiz e aos particulares.

Muito embora a dicção constitucional afirme “para assegurar a efetividade desse direito”, a melhor leitura é a que compreende a existência desta gama de deveres como deveres autônomos, que existem independentemente da consagração constitucional do direito fundamental ao ambiente. Tais deveres são deveres concretos, pois seu conteúdo está previamente consignado no artigo 225. Estas estatuições estão postas nos incisos do § 1º do artigo 225.

É esta a redação:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

- I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
- II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
- III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
- IV – exigir, na forma da lei, para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, Estudo Prévio de Impacto Ambiental, a que se dará publicidade;
- V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;
- VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;
- VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção das espécies ou submetam os

animais a crueldade.

O dever constitucional-ambiental expresso pelo inciso primeiro, do § 1º do artigo 225 tem dimensão concreta, uma vez que significa a obrigatoriedade da realização de atividades públicas que importem na realização do princípio da preservação ambiental.

Explicando o significado dos objetos dos deveres ambientais mencionados nos incisos do artigo 225, afirma José Afonso da Silva ¹⁰³:

IV - Processos ecológicos essenciais (§ 1º, I) são aqueles que asseguram condições necessárias para uma adequada interação biológica. Promover o manejo ecológico das espécies significa lidar com as espécies de modo a conserva-las, recupera-las, quando for o caso. E promover o manejo dos ecossistemas quer dizer cuidar do equilíbrio das relações entre a comunidade biótica e seu habitat (mar, florestas, rio, pântanos etc.).

V – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético vale dizer preservar todas as espécies, através do fator caracterizante e diferenciador da imensa quantidade de espécies vivas do país, incluindo aí todos os reinos biológicos;

VI – definir espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos significa estabelecer a delimitação de área ecologicamente relevante, onde o uso do patrimônio inserido ficará condicionado a disposições constantes de lei;

VII – Estudo Prévio de Impacto Ambiental constitui um instrumento de prevenção de degradações irremediáveis;

VIII – controle da produção, comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente, permitindo-se, aí, a interferência do Poder Público no domínio privado, para impedir práticas danosas ao meio ambiente e a saúde da população;

IX – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a

¹⁰³ SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 53.

conscientização pública para a preservação do meio ambiente constitui meio de conscientização ecológica que propiciará, no futuro, o exercício de práticas conscientemente preservacionistas.

Conforme a determinação constitucional é dever do Estado preservar os sítios arqueológicos e os assim chamados processos arqueológicos fundamentais.

O conhecimento das origens do Homem, da fauna e da flora – contidos nos sítios arqueológicos - devem ser preservados para que se possa conhecer e estudar o passado, e para melhor compreender o futuro.

A preservação da integridade e da diversidade do patrimônio genético também é um dever fundamental. O Estado e a sociedade civil têm a obrigação de protegê-lo, compreendendo-se por patrimônio genético todas as formas de vidas existentes e acrescidas de todas as suas características originárias e de seus atributos.

O Brasil é um dos países do mundo que possui maior diversidade biológica. As suas matas e florestas, seus rios e seu mar é rico em fauna e flora gerando todo um conjunto de ecossistemas e espécies que carecem de atenção do Estado e da sociedade civil.

Os riscos são muitos, vez que a pirataria biológica e o tráfico de espécimes de fauna e flora criam um fluxo intermitente de bens e valores ambientais que saem do território brasileiro e vão ser utilizados como patrimônio de empresas em todas as partes do mundo.

Diversos medicamentos, sabores, bens de consumo e objetos de todos os tipos são manufaturados a partir de matérias vivas apenas encontradas em solo brasileiro, e retornam ao Brasil na qualidade de produtos estrangeiros sem que os bônus decorrentes da propriedade originária sejam usufruídos pela população brasileira.

Mais que isso, espécimes de nossa fauna e de nossa flora são traficados para o estrangeiro causando danos irreversíveis aos nossos ecossistemas. Os grandes e ricos mercados da moda são abastecidos por animais das zonas tropicais ao arrepio de uma atuação administrativa de fiscalização e policial-preventiva que impeça tais ofensas à natureza.

A Constituição estabelece este dever ambiental de toda a sociedade e principalmente da administração pública de tutelar todo o nosso patrimônio, impedindo tais abusos.

A chegada das hipóteses de manipulação genética também acarreta o dever constitucional de preservar patrimônio, não permitindo que os avanços da ciência produzam efeitos deletérios para o ambiente.

Também é dever ambiental do Estado definir espaços territoriais a serem especialmente protegidos. A natureza carece de locais onde o Homem não realize seus impactos ambientais, ainda que mínimos, e que são necessários ao desenvolvimento. Faz-se mister estabelecer espaços onde a fauna e a flora possam existir e executar seus ciclos de vida sem a interferência do Homem. Espaços territoriais especialmente protegidos são espaços definidos legalmente aonde a atuação humana é limitada aos objetivos de preservação das espécies e do lugar.

As unidades de conservação estão previstas no SISNUC – Sistema Nacional de Unidades de Conservação – e elas são locais definidos em lei ou ato administrativo cujo objetivo é a preservação de seu patrimônio ambiental. As unidades de conservação estão disciplinadas pela Lei 9.985, de 18.07.2000.

O Estado, através de todas as suas expressões, tem o dever de exigir estudo prévio de impacto ambiental para atividades potencialmente poluidoras. Este dever se estende tanto às atividades do próprio Estado quanto às atividades dos particulares. Tal dever de exigir se dá no bojo da atividade de licenciamento e fiscalização de atividades que podem causar danos ao ambiente.

O impacto ambiental é o dano causado ao ambiente em decorrência de às atividades humanas. Toda atividade é impactante. Não há atividade humana que não cause nem um dano, ainda que mínimo, ao ambiente. Existem, no entanto, algumas atividades que podem causar riscos consideráveis ao ambiente, e para estas há de ser exigido o EIA-RIMA, que significa Estudo de Impacto Ambiental (EIA), acompanhado de seu Relatório de Impacto Ambiental (RIMA).

Atividades potencialmente poluidoras são aquelas que – por lei ou resolução administrativa catalogadas como tais e mereçam um estudo de suas conseqüências

para o ambiente. Este estudo, obviamente, deverá ser prévio à realização de qualquer ato que esteja inquinado de poluidor.

O EIA-RIMA é um estudo técnico que tem por objetivo esclarecer as conseqüências que advirão para o ambiente caso os serviços públicos, as atividades privadas ou as obras sejam realizadas. Para que haja licença, concessão, permissão ou autorização de obras ou atividades potencialmente impactantes, o estudo deverá ser realizado. É dever constitucional - constitutivo do Estado democrático de direitos ambientais - exigi-lo.

Outro dever ambiental constitucional do Estado é o de controlar a produção e a comercialização de substâncias que comportem risco ao meio ambiente.

O conceito de risco é de conhecimento do direito ambiental contemporâneo e o estado de risco é característica dos tempos atuais, por que toda a atividade que envolve prática de tecnologia de ponta ou de produto de pesquisa científica causa um vínculo com o futuro diferenciado. Tudo aquilo que possui conseqüências ainda não conhecidas é produto de risco, uma vez que a incerteza é o elemento fundamental do conceito.

O Estado tem o dever de controlar a produção, a utilização e o comércio de todas as substâncias que causem risco ao ambiente e à saúde humana.

Há uma graduação inerente ao risco. Alguns produtos possuem riscos tão elevados que a sua produção e a sua utilização e comércio devem ser proibidos. Já outros são de tal maneira suportáveis que apenas a sua produção, comércio e utilização devem ser controlados.

Tal dever ambiental justifica-se pela ordem constitucional dirigida ao Estado para tutelar o ambiente, protegendo-o não apenas das atividades dos próprios particulares, mas também, e às vezes principalmente, das atividades estatais.

A proteção da fauna e da flora são deveres constitucionais ambientais. Obviamente é de toda a sociedade a atribuição de proteger e preservar animais e vegetais, mas é ao Estado que o constituinte impôs a maior carga de atenção. Isto por que aos Poderes públicos resta a incumbência não apenas de não realizar atos que agriçam o patrimônio florístico e faunístico, mas também realizar condutas públicas que impeçam atos atentatórios praticados por particulares.

A fauna e a flora possuem natureza pública. São bens de uso comum do povo – segundo determinação constitucional – e ainda que alguns espécimes estejam sob o domínio privado eles possuem um valor que transcende aos limites patrimoniais, tornando-se, neste sentido, patrimônio público.

Este dever de proteção transcende os limites do Estado e se estabelece como um dever de toda a coletividade, evidentemente que com condutas e omissões reguladas em lei.

Como não poderia deixar de ser, a promoção da educação ambiental também é um dever ambiental do Estado. Qualquer hipótese de construção de uma sociedade ambientalmente equilibrada, onde os processos de desenvolvimento respeitem os processos de preservação, apenas vai se tornar realidade se a educação ambiental cumprir seu papel de formador de consciências. A necessidade dos processos educativos com conteúdo ambiental é uma realidade em países como o Brasil, de vasto patrimônio ambiental e de estreita formação cultural de preservação.

Existem práticas culturais atentatórias ao meio ambiente que ao revés de serem confrontadas com a preservação, sob o discurso da liberdade de afirmação cultural deveriam ser trabalhadas tendo-se por objetivo a compatibilização entre a liberdade de atuar e o ambiente a preservar.

Isto apenas se torna possível ao se compreender a educação ambiental como fruto, ela também, de um processo cultural. Trata-se de educação sem imposição, mas com discussão acerca de quanto o fundamentalismo cultural pode ser atentatório à preservação e ao progresso da humanidade. Trata-se de uma educação ambiental construtora de uma realidade emancipatória, de uma sociedade que se afirma como liberdade.

Muito embora os deveres de preservar o ambiente afirmados constitucionalmente sejam deveres – em última análise – de toda a sociedade, deve-se observar que são todos eles prioritariamente deveres do Estado.

Mas a sociedade também possui deveres em relação ao ambiente, uma vez que do rol de deveres autônomos e concretos é possível perceber deveres que, em última análise, são também de todos. Os deveres ambientais abstratos são atribuições de toda a sociedade, e também do Estado.

A sociedade possui o dever de preservar o ambiente para esta e para as futuras gerações, garantindo-se que o patrimônio ambiental que nos é disponível seja acessível a todos.

Além destes deveres concretos, existem os abstratos, que se caracterizam pelo genérico dever de preservar o ambiente. Mais ainda existem os deveres constitucionais ambientais fundamentais, que são os decorrentes da norma de direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

3.2 Deveres fundamentais ambientais decorrentes da norma de direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado

Juntamente com os deveres autônomos – que podem ser concretos e abstratos - há de se observar os deveres decorrentes da existência de um direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. Há também o dever fundamental constitucional decorrente da existência de um direito fundamental ao ambiente e tal se manifesta na determinação constitucional para que o Estado proteja o direito fundamental dos legitimados de agressões do próprio Estado e de particulares.

Só o fato de existir um direito fundamental ambiental faz com que o Estado tenha o dever de garantir a observância deste direito, seja esponte própria, seja não permitindo violações por intermédio de particulares.

O Estado tem dever de proteção dos direitos fundamentais que a sua Constituição atribui a particulares, o que acarreta no seu dever constitucional de atuar na proteção dos direitos fundamentais e também no poder que possui de cuidar do ambiente ameaçado pela agressão de quaisquer pessoas.

Pode-se pensar este dever de proteção como expressão da *Schutzpflicht*, em matéria Ecológica que nada mais é do que a possibilidade de se atribuir ao Estado o dever de proteger o direito fundamental ao ambiente que todos possuem.

A teoria dos deveres estatais de proteção é consequência da compreensão da eficácia objetiva das normas de direitos fundamentais. O pressuposto da chamada *Schutzpflicht* reside na convicção de que existem dimensões objetivas das normas de direitos fundamentais que obrigam o Estado a exercer um papel de proteção

dos direitos fundamentais dos particulares. É dever do Estado não permitir que particulares agridam direitos fundamentais de outros particulares.

Este dever de proteção se expressa tanto em obrigações do Legislativo quanto em obrigações do Judiciário que não poderá desconhecer a hierarquia constitucional e os valores insculpidos no texto e os terá de aplicar, exercendo a ponderação com princípios da autonomia privada.¹⁰⁴

A teoria dos deveres de proteção do Estado surgiu na jurisprudência germânica como um desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Essa noção está ligada à idéia de vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, pressupondo que o Estado não apenas deve abster-se de lesar os bens jurídicos fundamentais, mas tem o dever de atuar positivamente promovendo-os e protegendo-os de quaisquer ameaças, inclusive as que provenham de outros indivíduos.

O referido conceito liga-se à imposição ao legislador de desenvolver e tutelar os direitos fundamentais – criminalizando condutas, estabelecendo limites à liberdade negocial etc, bem como ao dever dos juizes de promover a sua efetivação por meio da atividade hermenêutica.

Neste sentido, o dever de proteção estatal do ambiente confunde-se com a eficácia do direito fundamental ao ambiente nas relações privadas.

O Estado tem o dever de proteger os titulares do direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado das agressões dos particulares, e tal se dá por que uma consequência da existência do direito fundamental ao ambiente é a existência deste dever de proteção.

Ao titular do direito ao ambiente incumbe buscar no Estado a sua responsabilidade pela não ocorrência de um ato agressor por parte dos particulares. A administração ambiental tem o dever de atuar na observância das normas constitucionais ambientais e a sua inação deve ser imputada ao Estado.

¹⁰⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: Luís BARROSO, Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. RJ: Renovar, 2004, p. 162.

Se um particular agride o direito ao ambiente sadio através de um ato de poluição é dever do poder público coibir esta agressão poluidora, não apenas por haver norma infraconstitucional que proíbe a poluição, mas por haver o dever fundamental de proteger o direito fundamental ao ambiente sadio de todos os legitimados.

A existência de norma infraconstitucional concretizando esta obrigação abstrata de não permitir agressão ao ambiente detalha a atuação do Estado, mas o dever de agir existe independentemente da existência de uma legislação concretizadora do dever constitucional fundamental.

A norma do artigo 225 é uma norma de direito fundamental, que joga a função de ser uma garantia contra-majoritária. Esta razão já permite, no campo da dogmática, a assunção de um dever abstrato de proteção de seus conteúdos no exercício da eficácia objetiva das normas de direitos fundamentais. Tal eficácia existiria mesmo que não fosse o caso de se atribuir direito subjetivo a quem quer que fosse.

A obrigação do Estado – correlata à existência de um direito subjetivo – é ampla, e, *a priori*, comporta todos os limites de possibilidades que vão se concretizar e realizar como conteúdo explícito de um dever *a posteriori*. Esta atividade de ponderação é ínsita aos Poderes, em meio à colisão com outros direitos e deveres também fundamentais.

A ponderação de deveres e direitos, resolvendo colisões entre diversas expressões constitucionais e de suas concretizações legislativas, se faz para definir conteúdo e expressão dos direitos e dos deveres constitucionais ambientais.

Assim, uma teoria dos deveres ambientais na Constituição de 1988 importa na admissão de três hipóteses de deveres ambientais: Os deveres ambientais autônomos e abstratos, os deveres ambientais autônomos e concretos e o dever ambiental decorrente do dever estatal de proteção ambiental.

4. A EFICÁCIA DOS DEVERES CONSTITUCIONAIS AMBIENTAIS

Os deveres fundamentais decorrentes de das normas de direitos fundamentais e os deveres constitucionais autônomos não estão desprovidos de garantia judicial para a sua efetivação.

É certo que em caso de uma autonomia do dever frente ao direito não há subjetividade, não sendo possível nominar um titular para a assunção do direito que protege o bem jurídico que lhe faz jus, mas isto não implica na desproteção do bem jurídico ou da inaplicabilidade deste dever frente a renitência estatal ou da sociedade. A ausência de subjetividade não pode anular a vinculatividade da norma que é a qualidade de possuir efeito normativo. A expressão de um dever esboça-se pela palavra ‘devem’, e não pela expressão ‘podem’.

O fato de a norma ser vinculante para os poderes públicos implica necessariamente na sua potencial capacidade de ser obedecida pelo Estado e pela sociedade – por se tratar de um direito – havendo mecanismos para a garantia da sua observância. Obviamente os deveres não podem ser manuseados como significantes jurídicos atributivos de posições jurídicas subjetivas, mas da inexistência desta qualidade não desborda o entendimento de que passam a ser normas meramente programáticas ou deveres sem efetividade, e sem hipótese de correção da omissão no Poder judiciário.

Os deveres constitucionais ambientais não se traduzem em posições jurídicas subjetivas, mas em deveres impositivos vinculantes que exigem cumprimento pelo Estado e pela sociedade, já que não são apenas deveres públicos, mas privados também.

A justiciabilidade – conceito que se liga diretamente à subjetividade atuando como característica desta – opera também nos deveres ambientais, mas de forma diferida.

Trata-se do efeito diferido ou reflexo que mediatamente protege outro direito do autor e diretamente um interesse.

Lembra Camargo Mancuso que determinadas normas não visam a tutela individual, mas terminam por proteger direitos conexos por exercerem uma tutela do interesse que deflui da existência de um dever constitucional atribuído.¹⁰⁵

Quando os deveres não são cumpridos, ou seja, quando o Estado ou a sociedade civil não se conduzem de forma a obedecer ao preceito constitucional ambiental, não nasce para o cidadão um direito subjetivo ao comportamento estabelecido na norma que insculpe o dever ambiental, haja vista a inexistência – no caso hipotético mencionado – de um direito subjetivo.

Estas normas têm justiciabilidade diferida por que permitem uma atuação judicial no sentido de declarar a inconstitucionalidade do não cumprimento de um dever, e a abusividade da omissão. O dever constitucional ambiental pode estar endereçado ao administrador, ao legislador ou ao juiz. A omissão legislativa e a omissão administrativa desafiam medida judicial de controle de constitucionalidade por omissão.

As normas ofensivas ao artigo 225 da Constituição desafiam ADIN e os atos administrativos normativos ofensivos ao ambiente também, uma vez que os deveres constitucionais ambientais possuem vinculatividade.

A justiciabilidade é diferida na medida em que ela não se exercita pela subjetividade, mas sim de forma indireta.

A vinculatividade permite a justiciabilidade, independentemente da existência, ou não de um direito subjetivo. Desta forma, os deveres ambientais, que exararam interesses ambientais, mas não direitos subjetivos, podem ser protegidos judicialmente.

Como os deveres constitucionais ambientais geram interesse jurídico legítimo, é natural que sejam vetorizados por ações que visem a defender não direitos, mas interesses de igual natureza.

Os deveres fundamentais ambientais, impostos por norma de direito fundamental ambiental expressa pelo artigo 225 da Constituição, ao estabelecerem um dever de natureza abstrata, criam um interesse legítimo, mas não se transformam em

¹⁰⁵ MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 5. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 69.

posições jurídicas de natureza subjetiva. As posições jurídicas de natureza subjetiva são conseqüências da atribuição de um direito subjetivo a legitimados.

Os interesses legítimos são interesses que surgem de uma norma de direito de eficácia objetiva, enquanto os direitos subjetivos são conseqüências de normas de eficácia subjetiva. Tais interesses são “mais do que interesses simples, e menos do que direitos subjetivos”.¹⁰⁶

Quando o Estado possui um dever ambiental, todo cidadão tem um interesse jurídico na realização deste dever, e este interesse configura-se em um interesse legítimo e jurídico haja vista que tal interesse possui arrimo na norma. O artigo 225, ao estabelecer deveres ambientais autônomo-abstratos, autônomo-concretos, e deveres fundamentais decorrentes da norma de direito fundamental, atribuem à sociedade - nomeados constitucionalmente através da expressão “todos” - interesses legítimos na realização de deveres ambientais.

Como não há falar em subjetividade, este interesse não constitui qualquer posição jurídica subjetiva, e não se realiza como patrimônio de qualquer pessoa. Não há, também, justiciabilidade, no sentido de busca de um provimento jurisdicional por ofensa a direito subjetivo do titular, mas apenas justiciabilidade diferida que corresponde à possibilidade de buscar obediência a um dever constitucional e também buscar a proteção a um interesse legítimo mediante a tutela dos interesses difusos.

Este interesse legítimo que surge da existência de norma de direito fundamental ao ambiente de eficácia objetiva, diferencia-se de um interesse simples na medida em que os interesses simples são a mera “circunstância de se reportarem a anseios, aspirações, desejos, cuja realização não é incentivada, nem tampouco protegida ou defendida pelo Estado”.¹⁰⁷

Ainda que não se constituíssem como direitos subjetivos, os interesses decorrentes da norma impositiva de deveres fundamentais ambientais e de eficácia objetiva se

¹⁰⁶ MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Interesses difusos:** conceito e legitimação para agir. 5. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 68.

¹⁰⁷ MANCUSO, Rodolfo Camargo **Interesses difusos:** conceito e legitimação para agir. 5. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 68.

caracterizariam por um mínimo de proteção que os diferiria da ausência de proteção dos interesses simples.

Nas palavras de Rodolfo Camargo Mancuso¹⁰⁸:

A característica dos interesses legítimos está em que a proteção 'limitada' de que gozam advém-lhes por via 'reflexa': a norma não visa exatamente tutelar uma situação individual, mas pode ocorrer que o sujeito esteja de tal forma situado no raio de abrangência dessa norma que passe a merecer uma certa proteção diferenciada, em comparação aos demais.

Esta proteção 'limitada' corresponde à ausência de subjetividade. Se fosse o caso da norma atribuir um direito subjetivo seria possível falar em ampla proteção. Não sendo o caso, há uma proteção diferida, mas que, em todo caso, também contribui para a defesa do bem jurídico 'ambiente' e do valor 'preservação ambiental' fixados constitucionalmente.

Deveres fundamentais ambientais geram interesses legítimos, interesses jurídicos que são referidos a pessoas. Nestes casos não se pode falar de direito subjetivo, mas apenas de relação fática entre o sujeito do interesse e o sujeito a quem se dirige o dever.

5. CONCLUSÃO.

Desta forma, parece claro que o constituinte brasileiro de 1988 desejou construir para o Estado brasileiro o modelo de Estado Democrático de Direito Ambiental, adjetivando a Carta Magna brasileira de Constituição Ecológica.

A existência de diversos deveres ambientais, autônomos e decorrentes, abstratos e concretos apenas demonstra a possibilidade de a dogmática dos direitos fundamentais contribuir para a construção de um sistema constitucional ambiental

¹⁰⁸ MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 5. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 69.

que proteja o ambiente, e permita que ele exista como objeto que demanda proteção autônoma.

O Estudo dos deveres constitucionais ambientais, de forma mais profunda, demonstrará a existência de um instituto de imensa importância teórica e prática, para a preservação do ambiente e para a afirmação da Constituição Ecológica, em um Estado Democrático de Direito Ambiental.

6. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003

CANOTILHO, J.J. Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra ed. 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Proteção do ambiente e direito de propriedade: crítica de jurisprudência ambiental. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 83.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2004

NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: Luís BARROSO, Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. RJ: Renovar, 2004

SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

A Carta francesa do Meio Ambiente¹**Nicolas Hutten²**

Adotando a lei constitucional relativa à Carta do Meio Ambiente, de 28 de fevereiro de 2005, os parlamentares franceses, reunidos no *Château de Versailles*, fizeram com que a “Carta do Meio Ambiente de 2004” integrasse os textos de valor constitucional. Juntou-se, desse modo, a Carta do Meio Ambiente à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ao Preâmbulo da Constituição de 1946 e, evidentemente, à atual Constituição, de 4 de Outubro de 1958. Com efeito, a França é um dos raros países cuja Constituição não é o único texto constitucional: três outros textos fazem parte, igualmente, do “bloco de constitucionalidade”.

Foi Jacques Chirac, Presidente da República, que lançou a redação da Carta após sua reeleição, em maio de 2002. Ele procurou, assim, introduzir a proteção do meio ambiente entre os “interesses fundamentais da nação” (5º considerando do Preâmbulo da Carta) e sensibilizar toda a sociedade francesa sobre essa questão, superando as clivagens políticas habituais. Outrossim, tratava-se de recuperar o atraso francês em relação ao Direito Internacional (em especial, à Declaração do Rio) e em relação a inúmeros países que haviam constitucionalizado a proteção ambiental a partir do início dos anos 1970.

Mas não se tratava somente de uma “atualização” da Constituição francesa: Jacques Chirac quis igualmente fazer da França um modelo na tomada de consciência das questões ambientais. Declarando ao mundo inteiro “nossa casa está queimando, e olhamos para o lado”³, e buscando dar o exemplo através de

¹ NT: artigo traduzido por Bibiana Graeff Chagas Pinto Fabre, Doutora em Direito Público pela Université de Paris 1, Panthéon-Sorbonne, e pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Professora do Curso de Direito da UNIFRA. Trata-se de trabalho redigido com base na jurisprudência existente até o dia 1º de janeiro de 2007.

² *Doutorando em Direito Ambiental, Université de Paris 1, Panthéon-Sorbonne.*

³ Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, Joanesburgo, 2 de setembro de 2002. NT: todas as citações feitas pelo autor de textos normativos, pronunciamentos orais ou opiniões

uma Carta “ambiciosa”, o Presidente da República, procurou incitar outros Estados, ou mesmo outros organismos internacionais, a avançarem em relação à proteção do meio ambiente. Assim, a França é o único país a ter constitucionalizado os grandes princípios do Direito Ambiental, enumerados desde 1992 pela Declaração do Rio. Embora apenas o “princípio da precaução” figure explicitamente na Carta (artigo 5º), os princípios da prevenção (artigo 3), da reparação (artigo 4), da integração (artigo 6), da informação e da participação (artigos 7 e 8) e o da educação (artigo 9) também são, substancialmente, reproduzidos.

Na realidade, a mensagem presidencial referida, pronunciada em Joanesburgo, e que foi amplamente comentada na França, dirigia-se tanto aos representantes de Chefes de Estado e de Governo, quanto aos parlamentares e aos grupos de pressão franceses, muito divididos em relação à Carta do Meio Ambiente. Após o anúncio da Carta, em maio de 2001, e o início da elaboração do seu texto, em junho de 2002, foi preciso esperar um ano até a sua inscrição na ordem do dia da Assembleia Nacional (no dia 27 de junho de 2003), espera sucedida de outro ano para a sua adoção (em junho de 2004) e de um terceiro ano para a sua inscrição na Constituição (consumada em 1º de janeiro de 2005).

Em cada etapa da elaboração da Carta, houve ameaças de que a mesma não prosperasse: além da oposição parlamentar, pouco disposta a sustentar um projeto presidencial, aproximadamente um terço dos deputados da maioria emitiu reservas consideráveis com relação ao texto. Num primeiro momento, o texto parecia representar um consenso político, que correspondia à crescente sensibilização dos franceses às questões ambientais. Porém, à medida que a redação ganhou forma, as críticas sucederam-se de modo cada vez mais virulento (§ 1). Mas isso não impediu que, finalmente, a Carta surgisse, sem sofrer demasiadas perdas, embora, para isso, haja sido necessário minimizar seu alcance jurídico, através de inúmeras declarações dirigidas aos parlamentares e aos membros da doutrina jurídica, bastante céticos (§ 2). Com sua entrada em vigor, há quase dois anos, a Carta pôde enfim servir de fundamento a alguns casos de jurisprudência, que revelam-se promissores (§ 3).

doutrinárias no presente artigo foram traduzidas, sob nossa responsabilidade, do francês para o português.

§ 1 A caótica gênese da Carta

Contrariamente ao que a recente adoção da Carta, observada do exterior, poderia evocar, não foi apenas em 2004 que a França começou a cogitar sobre a constitucionalização das disposições relativas à proteção do meio ambiente. A ideia propriamente dita de se constitucionalizar o direito humano ao meio ambiente surgiu no início dos anos 1970, e diversas tentativas ocorreram desde então⁴.

Todas essas tentativas haviam, contudo, fracassado, até que o Presidente da República, Jacques Chirac, preparando sua candidatura às eleições presidenciais de 2002, retomasse essa ideia em um discurso pronunciado em *Orléans* no dia 3 de maio de 2001: “a ecologia e o direito a um meio ambiente protegido e preservado devem ser considerados tanto quanto as liberdades públicas. Cabe ao Estado afirmar-lhes o princípio e assegurar-lhes a garantia. Desejo que esse engajamento público e solene seja inscrito pelo Parlamento em uma Carta do Meio Ambiente anexada à Constituição”⁵.

Já naquela época, o projeto do Presidente da República era muito preciso: a Carta “consagraria os princípios fundamentais, cinco princípios fundamentais, a fim de que os mesmos fossem admitidos entre os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República, impondo-se, desse modo, a todas as jurisdições, inclusive ao Conselho Constitucional, tal como ocorreu com o Preâmbulo da Constituição ou com a Declaração dos Direitos do Homem”⁶. Tratava-se, pois, de se constitucionalizar o direito humano ao meio ambiente, bem como os cinco princípios seguintes: o princípio da responsabilidade, o princípio da precaução, o princípio da integração, o princípio da prevenção e o princípio da participação.

⁴ Cf. HUTEN, Nicolas. *Les nouveaux fondements constitutionnels du droit de l'environnement*, dissertação, DEA de droit de l'environnement das Universidades de Paris I e de Paris II, setembro de 2003, pp. 18-21.

⁵ CHIRAC, Jacques. Discurso pronunciado em Orléans, em 3 de maio de 2001 (doravante, Discurso de Orléans), http://www.elysee.fr/cgi-bin/auracom/aurweb/search/file?aur_file=discours/2001/010503OR.html.

⁶ CHIRAC, Jacques. Discurso pronunciado em 7 de dezembro de 1998, em ocasião do 50º aniversário da Declaração Universal dos Direitos do Homem, http://www.elysee.fr/cgi-bin/auracom/aurweb/search/file?aur_file=discours/1998/50DUDH98.html.

Depois das eleições presidenciais de maio de 2002, os trabalhos de elaboração da Carta foram inaugurados rapidamente. Uma comissão, presidida pelo paleontólogo Yves Coppens, foi encarregada de redigir um projeto. Paralelamente, debates foram organizados em quatorze regiões francesas, a fim de promover a participação do maior número de pessoas possível. Milhares de questionários foram igualmente enviados a personalidades especialmente escolhidas, e um sítio na *Internet* acolheu observações de quase mil internautas.

Foi durante essa fase de elaboração da Carta que se cristalizaram as oposições quanto à maneira de se constitucionalizar a proteção do meio ambiente. Por um lado, a *Académie de Médecine* (Academia de Medicina), a *Académie des Sciences* (Academia de Ciências), o MEDEF (organização patronal francesa) e um número significativo de políticos locais opuseram-se fortemente ao projeto, sobretudo à constitucionalização do princípio da precaução. Com efeito, os cientistas e o MEDEF viam este princípio como um freio a suas pesquisas ou a seus projetos em nome de uma intolerável exigência do “risco zero”. Temiam ainda que a consagração de disposições protetoras do meio ambiente no topo da hierarquia das normas gerasse uma ecologização do Direito em geral, imergindo a vida cotidiana em uma espécie de “inferno verde”. Já os políticos receavam que a Carta servisse apenas como fundamento para a sua responsabilização penal, sempre que houvesse dano ao meio ambiente em suas circunscrições.

Por outro lado, as associações ambientalistas e todos os partidários de uma proteção otimizada do meio ambiente defendiam uma carta cogente e militavam pela sua adoção o mais rápido possível.

Essas divergências encontraram-se no seio da Comissão Coppens. Incapaz de chegar a um consenso, a comissão entregou, finalmente, em 28 de março de 2003, dois projetos ao Governo. O primeiro não reconhecia nenhum “princípio” enquanto tal, contentando-se em retomar substancialmente os grandes temas evocados pelo Presidente da República. O segundo projeto mencionava, ao contrário, explicitamente, os princípios da precaução, da prevenção e do poluidor-pagador.

Foram, enfim, os serviços de Matignon que, sob o controle do Presidente da República, envolvido pessoalmente nesse caso, decidiram definitivamente a

questão. Deste trabalho, resultou um texto intermediário, que reconhecia explicitamente o “princípio da precaução”, mas não mencionava explicitamente todos os outros princípios do Direito Ambiental.

Durante os debates parlamentares, as clivagens afrontaram-se expressamente, o que incitou o governo a minimizar o alcance jurídico da Carta, na tentativa de acalmar os ânimos. A relatora do projeto na Assembléia Nacional, a jovem deputada Nathalie Kosciusko Morizet, declarou: “A Carta atribui à lei objetivos de valor constitucional, em todos os seus artigos, salvo no artigo quinto, relativo ao princípio da precaução”⁷.

A noção de “objetivo de valor constitucional” (*objectif à valeur constitutionnelle*), surgida na jurisprudência do Conselho Constitucional (*Conseil constitutionnel*) nos anos 1980⁸, designa um interesse (como a salvaguarda da ordem pública, o respeito da liberdade do próximo, o pluralismo das correntes de expressão ou o direito à moradia) que não é diretamente invocável pelos particulares perante uma jurisdição, mas que se impõe ao legislador, sob controle do Conselho Constitucional.

Aos olhos dos parlamentares, o recurso à noção de objetivo de valor constitucional permitia manter o controle sobre os efeitos jurídicos da Carta: exceto o artigo 5º sobre o princípio da precaução, nenhuma disposição da Carta poderia produzir efeitos diretos sem o intermédio de uma lei. Somente o princípio da precaução “tem integralmente o caráter de um princípio constitucional, o que implica que sua aplicação direta seja possível, não sendo a intervenção do legislador uma condição prévia necessária”⁹.

Graças a esse “truque” e à determinação de Jacques Chirac, a maioria parlamentar acabou adotando a lei constitucional na Assembleia e no Senado em junho de 2004, e revisando a Constituição em 28 de fevereiro de 2005.

⁷ Nathalie KOSCIUSKO-MORIZET, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles relatif à la Charte de l'environnement*, XII legislatura, n.º 1595, maio de 2004, p. 36.

⁸ Decisões 80-127 DC de 19 e 20 de janeiro de 1981 e 82-141 DC de 27 de julho de 1982.

⁹ KOSCIUSKO-MORIZET, Nathalie. *Op. cit.*, p. 36.

§ 2 O contrastante conteúdo do texto

Como explicou o professor Yves Jégouzo, particularmente envolvido na redação da Carta, enquanto membro da Comissão Coppens, esse texto não é “nem o inferno verde, nem, aliás, o paraíso”¹⁰. Ele quis dizer, desse modo, que o conteúdo da Carta não é, finalmente, muito original, embora a França seja o único país a ter constitucionalizado um instrumento consagrado exclusivamente ao meio ambiente.

Com efeito, os “direitos, princípios e deveres anunciados pela Carta (...) já são reconhecidos e aplicados tanto pelo Direito Interno, quanto pelo Direito Internacional e Comunitário”¹¹ (§ 2). É sobretudo em suas disposições introdutórias, que a Carta é original: os sete considerandos que introduzem o texto são o reflexo de um novo enfoque das questões ambientais, pelo menos no Direito francês (§ 1).

1) Um preâmbulo audacioso, mas não normativo

A originalidade da Carta francesa do Meio Ambiente em relação às constituições estrangeiras ou ao Direito Internacional é o fato de ter buscado marcar, no tempo, a tomada de consciência ecológica: intitulado o texto como Carta do Meio Ambiente “de 2004”, seus redatores quiseram marcar uma ruptura com o passado, a exemplo da Declaração dos Direitos do Homem “de 16 de agosto de 1789” e do Preâmbulo da Constituição “de 17 de fevereiro de 1946”. De ambição universal, ambos os textos correspondem, com efeito, a momentos-chave da história, caracterizando uma mudança - considerada como irremediável - de sociedade: a Declaração de 1789, símbolo da Revolução Francesa, pretende romper com um passado caracterizado pela “ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem”¹². Do mesmo modo, o Preâmbulo da Constituição de 27 de outubro de

¹⁰ JEGOUZO, Yves. *Charte de l'environnement: ni l'enfer vert, ni le paradis*. AJDA 2004, nº 21, p. 1105.

¹¹ *Idem*.

¹² NT: (...) “l’ignorance, l’oubli ou le mépris des droits de l’homme”. Preâmbulo da DDHC de 1789.

1946 quer proclamar para todo o sempre “a vitória conquistada pelos povos livres sobre os regimes que tentaram subjugar e degradar a pessoa humana”¹³.

Inspirando-se nesses modelos, o Presidente da República apresentou a Carta do Meio Ambiente como a resposta a uma nova ruptura na história da humanidade: “Há alguns anos, o problema mudou de dimensão e de tempo. (...) Tive a ocasião de dizer durante a Conferência de Haia, recentemente, e repito hoje: a questão que se coloca é a de nosso futuro comum. Em matéria de meio ambiente, exigência rima, de agora em diante, com urgência. Em síntese: nossa casa está em perigo”¹⁴.

Assim, o Presidente da República quis a Carta do Meio Ambiente como uma verdadeira revolução: “A Carta do Meio Ambiente tornará possível, assim o espero, uma verdadeira revolução, a da ecologia humanista”¹⁵. E na exposição de motivos do projeto de lei, a Carta foi apresentada como sendo a “terceira etapa do pacto republicano”¹⁶.

Essa análise do Presidente da República, completada pelas considerações paleontológicas de Yves Coppens, encontra-se, sobretudo, em três dos sete considerandos da Carta. O primeiro deles dispõe que: “Os recursos e os equilíbrios naturais deram condições à emergência da humanidade”. É evidente que este ponto de vista está no centro dos trabalhos de Yves Coppens há muitos anos¹⁷.

O segundo considerando complementa a análise, dispondo que: “[...] o futuro e a existência mesma da humanidade são indissociáveis de seu meio natural”. E o quarto considerando continua, evocando que: “[...] o homem exerce uma influência crescente sobre as condições de vida e sobre a sua própria evolução”. Conforme à convicção do Presidente da República, trata-se, pois, de colocar a proteção do meio ambiente como uma condição de sobrevivência da espécie humana e de justificar, assim, o modo de constitucionalização da Carta.

¹³ NT: (...) “la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d’asservir et de dégrader la personne humaine”, introdução do Preâmbulo da Constituição de 27 de outubro de 1946.

¹⁴ CHIRAC, Jacques. Discurso pronunciado em *Orléans*, em 3 de maio de 2001.

¹⁵ CHIRAC, Jacques. Discurso pronunciado em Nantes, em 29 de janeiro de 2003.

¹⁶ Exposição de motivos do projeto de lei constitucional relativo à Carta do Meio Ambiente.

¹⁷ Ver, por exemplo: COPPENS, Yves. *Leçon inaugurale faite le 2 décembre 1983 au Collège de France*, Collège de France, Dauphine-Gouverneur, Paris, 1984, ou, mais recentemente, do mesmo autor, *Histoire de l’homme et changements climatiques*, Collège de France, Fayard, 2006.

O terceiro considerando, segundo o qual “o meio ambiente é o patrimônio comum dos seres humanos”, é o reflexo de outra preocupação: busca-se afirmar a visão antropocêntrica da Carta para se evitar todo mal-entendido sobre o reconhecimento eventual de direitos subjetivos à natureza ou a seus elementos: o meio ambiente pertence aos homens, e nesse sentido, “A Carta do Meio Ambiente, que será proposta ao Parlamento, será uma Carta do Meio Ambiente para o Homem”¹⁸. Aliás, os redatores da Carta tiveram o cuidado de, durante todos os debates, rejeitar o foco ecocentrista próprio à *deep ecology*.

Outrossim, a escolha de atribuir-se o “meio-ambiente-patrimônio” aos “seres humanos” em vez de à “humanidade” é justificada por Nathalie Kosciusko-Morizet para evitar toda confusão com a Antártica, os fundos marinhos e o espaço extra-atmosférico que, em Direito Internacional, integram o “patrimônio comum da humanidade”¹⁹. A noção de patrimônio comum já estava presente no Direito Comunitário e no Direito francês. Mas suas aplicações jurisprudenciais são ainda muito raras, e sua inscrição na Carta do Meio Ambiente não deveria trazer qualquer mudança substancial.

O quinto considerando dispõe que “[...] a diversidade biológica, a plena realização da pessoa e o progresso das sociedades humanas são afetados por certos modos de consumo ou de produção e pela exploração excessiva dos recursos naturais”. Trata-se de uma espécie de requisitório, identificando as vítimas e os culpados em relação à degradação do meio ambiente. Esse dispositivo não deixou de provocar debates junto à Comissão Coppens e às comissões parlamentares. Os intervenientes mais reticentes temiam a ideia de a diversidade biológica ser protegida ao mesmo título que a plena realização da pessoa e o progresso das sociedades humanas. Os mais ardentes defensores do meio ambiente lamentaram que a diversidade biológica não fosse objeto de uma disposição especial no seio da Carta. Mais uma vez, transtornar a redação de um texto, fruto da arbitragem presidencial, estava fora de cogitação. Na prática, a função principal desse considerando era a de introduzir as disposições da Carta sem maiores precisões: tratava-se do diagnóstico que introduzia os remédios contidos no corpo da Carta.

¹⁸ CHIRAC, Jacques. Discurso de Nantes.

¹⁹ KOSCIUSKO-MORIZET, Nathalie. *Op. cit.*, p. 66.

Contrariamente aos outros considerandos da Carta, que eram previstos no projeto entregue pela Comissão Coppens, o sexto considerando fora introduzido pelo governo: “a preservação do meio ambiente deve ser perseguida ao mesmo título que os outros interesses fundamentais da Nação”. Segundo a relatora do projeto, Nathalie Kosciusko-Morizet, busca-se aqui simplesmente preparar a conciliação da Carta com as outras normas existentes: “cabará ao legislador, sob controle da jurisdição constitucional, conciliar as regras postas pela Carta com, em especial, o direito de propriedade ou as exigências da defesa nacional, sem privar a garantia legal das exigências constitucionais”²⁰. No entanto, na medida em que, desde a entrada em vigor da lei de 22 de julho de 1992, a proteção do meio ambiente faz parte dos interesses fundamentais da nação enumerados pelo artigo 410-1 do Código Penal, pode-se considerar que esse considerando da Carta não é de grande utilidade.

Enfim, o último considerando integra na Carta e define a noção de “desenvolvimento sustentável”. Uma vez que essa noção tornara-se, desde a Declaração do Rio de 1992, inelutável, a mesma não poderia ter sido ignorada pela Carta do Meio Ambiente. Era necessário defini-la, já que ela deve supostamente embasar toda ação dos poderes públicos, de acordo com o enunciado no artigo 6º da Carta (*cf. infra*). A definição adotada é clássica: “a fim de assegurar um desenvolvimento sustentável, as escolhas destinadas a atender às necessidades do presente não devem comprometer a capacidade das gerações futuras e de outros povos de satisfazer suas próprias necessidades”. Trata-se, pois, de uma simples reprodução da declaração do Rio, que já havia sido introduzida no Direito francês pelo artigo 1º da lei “Barnier” (art. L. 110-1 do Código do Meio Ambiente). A constitucionalização da noção de “gerações futuras” não deixou de suscitar reticências²¹, já que contrasta com a tradição jurídica francesa: “na França, os constituintes, segundo uma fórmula da Revolução, não pretendem sujeitar as gerações futuras às suas leis”²². Porém, tratava-se, novamente, de uma noção já

²⁰ *Op. cit.*, p. 69.

²¹ Ver, por exemplo, MATHIEU, Bertrand. *Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement*, Les Cahiers du Conseil Constitutionnel N° 15.

²² LUCHAIRE, François. In: LUCHAIRE, François, CONAC, Gérard. *La Constitution de la République française*. 2 ed. Paris: Economica, 1987, p. 88.

existente no direito francês desde a lei “Barnier” de 1995.

Na prática, os redatores da Carta tiveram o zelo de precisar que esses considerandos não tinham nenhum efeito jurídico direto: “Os considerandos de 2004 têm vocação à esclarecer o cidadão assim como o juiz sobre o conteúdo da Carta; contudo, não tendo conteúdo normativo próprio, não ensejam controle jurisdicional”²³.

2) A prudente constitucionalização dos princípios clássicos do Direito Ambiental

Foi o próprio Presidente da República que fixou o conteúdo da Carta, desde o seu discurso de 2001 (*cf. supra*).

Até a aprovação da Carta do Meio Ambiente de 2004, o direito humano ao meio ambiente não tinha sido bem visto na França. Se, por um lado, os juristas favoráveis a uma maior proteção do meio ambiente defendiam a sua constitucionalização²⁴, por outro lado, os constitucionalistas, reticentes em integrar na Constituição disposições demasiadamente vagas, preferiam destacar as dificuldades relacionadas ao seu significado e à sua aplicação²⁵.

Todavia, conforme o projeto presidencial, o artigo 1º da Carta dispõe: “Todos têm direito a viver em um ambiente equilibrado e respeitoso da saúde”. O primeiro objetivo deste artigo é o de equilibrar a Constituição francesa às constituições estrangeiras: “Ele assegura a ‘recuperação’ do Direito Constitucional francês em relação à maioria das constituições modernas”²⁶. A formulação adotada é bastante clássica. Seus redatores preferiram, porém, reconhecer este novo direito humano à “*chacun*”²⁷ em vez de a “toda pessoa”, a fim de excluir as pessoas jurídicas de seu

²³ KOSCIUSKO-MORIZET, Nathalie. *Op. cit.*, p. 62.

²⁴ Ver, por exemplo, MELIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand, PINI, Joseph. *Constitution et droit de l'environnement*, Juris-Classeur environnement, fasc. 152, pp. 1-14; COHENDET, Marie-Anne. *Vers la constitutionnalisation du droit de l'homme à un environnement équilibré, Vingt ans de protection de la nature, Hommage à Michel Despax*. PULIM 1998.

²⁵ PELLOUX, Robert. *Vrais et faux droits de l'homme problèmes de définition et de classification*, RDP 1981, pp. 67-68.

²⁶ KOSCIUSKO-MORIZET, Nathalie. *Op. cit.*, p. 62.

benefício²⁸.

Ademais, esse artigo foi modificado pela Assembleia Nacional através de duas das raras emendas que não foram rejeitadas: os deputados substituíram “favorável à saúde” por “respeitoso da saúde”. A primeira formulação “pareceu à Comissão das relações econômicas extremamente exigente, pois atribuía ao meio ambiente uma qualidade terapêutica, quase medical. Pareceu-lhe preferível redigir que todos têm direito de viver em um ambiente “respeitoso de” sua saúde”²⁹. A Comissão das leis preferiu, por sua vez, empregar “a” saúde, em vez de “sua”, a fim de objetivar a proteção: “Trata-se de promover um ambiente mais sadio, não de suscitar a ilusão de um direito à proteção de todos contra toda doença podendo estar ligada ao meio ambiente”³⁰.

De qualquer maneira, a constitucionalização desse direito tem, antes de tudo, uma grande parte simbólica: “Depois da afirmação das liberdades e dos direitos individuais pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, e a dos direitos coletivos pelo Preâmbulo da Constituição, de 27 de outubro de 1946, será, assim, reconhecida uma nova dimensão dos Direitos do Homem, em sua relação com o mundo que o cerca”³¹.

Esse alto valor simbólico do direito humano ao meio ambiente contrasta ainda mais com o alcance jurídico que lhe atribuiu o governo durante os trabalhos preparatórios: “O novo direito se caracteriza como um ‘*droit créance*’³² das pessoas físicas em relação ao Estado, com a força de um objetivo de valor constitucional”. E, conseqüentemente, “se o direito ao meio ambiente não pertence à categoria dos ‘direitos-liberdades’, o artigo 1º da Carta não estabelece uma liberdade fundamental no sentido do artigo L. 521-2 do Código de Justiça Administrativa. Ele não pode, pois, servir de suporte a um “*référé-liberté*”³³ junto à jurisdição

²⁷ NT: “Chacun” significa literalmente “cada um”, ou “todos”. O texto original do artigo 1º da Carta é: “Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé”.

²⁸ KOSCIUSKO-MORIZET, Nathalie. *Op. cit.*, p. 62.

²⁹ *Journal des débats de l'Assemblée Nationale*, seção de 25 de maio de 2004.

³⁰ KOSCIUSKO-MORIZET, Nathalie. *Op. cit.*, p. 77.

³¹ *Idem*, p.71.

³² NT: os “*droits créances*” referem-se aos direitos a prestações, em oposição às liberdades públicas.

³³ NT: “*Référé liberté*” é o procedimento de urgência que permite ao juiz *des référés* (cautelares) da jurisdição administrativa ordenar as medidas necessárias à salvaguarda de uma liberdade fundamental, que seja ameaçada de modo grave e manifestamente ilegal por uma autoridade

administrativa”³⁴.

Essa análise dirige-se diretamente, como visto anteriormente, aos inúmeros parlamentares inquietos com a possibilidade de esse novo direito dar origem a numerosos litígios. Contudo, tal ponto de vista não deixa de ser surpreendente, dadas as ambições expostas pelo Presidente da República em cada um de seus discursos, segundo as quais o direito ao meio ambiente devia ser reconhecido “como as liberdades públicas” (*cf. supra*). Ora, na França, o procedimento de *référé liberté*, em vigor desde o dia 1º de janeiro de 2001, tem, justamente, como finalidade permitir aos administrados sustar toda ameaça grave a uma liberdade fundamental, através de uma ação interposta junto aos tribunais administrativos. Reduzir o artigo 1º da Carta a um objetivo de valor constitucional, não podendo o mesmo, desse modo, fundamentar um *référé liberté*, significaria suprimir o essencial do conteúdo da Carta. É sem dúvida por essa razão que a jurisprudência não seguiu essa análise, após a entrada em vigor da Carta (*cf. infra*).

Contrariamente ao conjunto das outras disposições, o artigo 2º da Carta não fazia parte do projeto presidencial, ao menos em sua origem. Este artigo dispõe, com efeito, que: “Toda pessoa tem o dever de participar da preservação e da melhoria do meio ambiente”. Sua origem parece, pois, ser o fruto dos debates que acompanharam a Carta: “Os debates no seio da Comissão e seus comitês, os oito mil participantes das sessões, assim como as doze mil pessoas que responderam o questionário insistiram sobre o fato de que o reconhecimento de um novo direito ao meio ambiente não podia ser concebido sem a afirmação de novos deveres em relação a esse meio ambiente. No entanto, pode-se relativizar esse propósito, na medida em que a ideia de constitucionalização de tal dever impusera-se, pouco a pouco, nos discursos do Presidente da República, bem antes da organização dos debates sobre a Carta.

O reconhecimento desse dever é absolutamente novo em Direito Constitucional francês: embora o preâmbulo da DDHC de 1789 e o artigo 5º do Preâmbulo de 1946 façam referência à noção de dever, esta não recebera, até o presente, nenhuma aplicação jurisprudencial. Desde os debates relativos à DDHC de 1789,

pública no exercício de um de seus poderes.

³⁴ KOSCIUSKO-MORIZET, Nathalie. *Op. cit.*, pp. 40-41.

existe na França uma tradição jurídica hostil aos deveres do homem³⁵. Com efeito, os revolucionários viam os deveres como uma porta aberta aos inimigos da Revolução, para encerrar os direitos e liberdades em uma golilha insuportável. Outrossim, a lembrança da Declaração dos direitos e deveres do homem e do cidadão da Constituição de 5 Frutidor Ano III (22 de agosto de 1795) dissuadiu os juristas durante muito tempo de recorrerem à noção de dever. Essa declaração caracterizava-se pelas generalidades inaplicáveis que trazia.

Apesar dessas reticências, os redatores da Carta julgaram necessário constitucionalizar o dever de proteção do meio ambiente: “os indivíduos, as empresas e as pessoas públicas têm paralelamente direitos e deveres em relação ao meio ambiente e às gerações futuras, pois o meio ambiente exige a solidariedade dos homens, das gerações, dos territórios e dos meios”³⁶. Na prática, pode-se observar, mais uma vez, que essa disposição constituía uma novidade em nível constitucional, mas não no âmbito legislativo: a lei “Barnier”, codificada no artigo L. 110-2 do Código do Meio Ambiente, já reconhecia este dever. O Direito Internacional e inúmeras constituições estrangeiras também o faziam já há bastante tempo³⁷. E as diferentes propostas dos parlamentares franceses desde os anos 70 haviam amplamente reproduzido esses exemplos (*cf. supra*). Não havia, portanto, nenhuma razão de não se inovar, constitucionalizando este dever, muito embora, para isso, tenha sido preciso quebrar alguns tabus tipicamente franceses. Contrariamente ao direito reconhecido pelo artigo 1º da Carta à “chacun” [cada um, todos], o dever do artigo 2º concerne “toda pessoa”. A escolha dessa expressão significa que este dever é imputável tanto às pessoas físicas, quanto às pessoas jurídicas.

Na prática, os redatores da Carta cuidaram de limitar a força jurídica desse novo artigo: “O dever enunciado pelo artigo 2º tem a força de um objetivo de valor

³⁵ RIALS, Stéphane. *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*. Hachette, coll. Pluriel, 1988, p. 169.

³⁶ Citação de Michel Prieur, reproduzida em KOSCIUSKO-MORIZET, Nathalie. *Op. cit.*, p. 82.

³⁷ Cf. CAPITANI, Amandine. La Charte de l'environnement, un leurre constitutionnel?. RFDC nº 63, 1º de julho de 2005, pp. 493-516.

constitucional: deve ser aplicado através da lei”³⁸. Mas ainda nesse caso, nada obriga as jurisdições francesas a interpretarem essa disposição dessa maneira.

O artigo 3º dá a impressão de ser a simples menção do princípio de prevenção que o Presidente da República havia evocado: “Toda pessoa deve, nas condições definidas pela lei, prevenir os danos que ela própria possa infringir ao meio ambiente ou, se não for possível, limitar as suas conseqüências.” Mas, na realidade, segundo os redatores da Carta, não se trata do “princípio da prevenção”, mas sobretudo de um “dever de prevenção”, de maior alcance que o princípio: “Este dever é, pois, a contrapartida de um direito, não um aspecto da política ambiental, diferentemente do objetivo de prevenção que figura no parágrafo 2 do artigo 174 do tratado que institui a Comunidade Européia”³⁹. Com efeito, o objeto desse dever foi definido amplamente: “toda pessoa” implica que se trata tanto das pessoas físicas, quanto das pessoas jurídicas. O adjetivo “suscetível” indica bem que os danos que devem ser prevenidos podem ser apenas eventuais. Aliás, os redatores do texto cuidaram em distinguir, por um lado, o dever de prevenção, e por outro, o princípio da precaução: a precaução se aplica quando há incerteza científica sobre a existência de um risco, enquanto que o dever de prevenção vale a partir do momento em que há certeza sobre a existência do risco, mesmo se sua realização é incerta.

No entanto, para contrabalançar a ampliação do objeto da prevenção, os redatores da Carta reduziram suas implicações: quando o dano ao meio ambiente não pode ser evitado, o autor do mesmo deve somente limitar suas conseqüências. Além disso, não se faz menção ao princípio de “correção com prioridade na fonte causadora”, que é, porém, reconhecido pela lei “Barnier” e codificado no artigo L. 110-1 do Código do Meio Ambiente. Assim, alguns autores chegaram a considerar o artigo 3º da Carta como uma regressão em relação ao direito anterior, lamentando que o princípio da prevenção não tenha sido constitucionalizado enquanto tal⁴⁰. Pode-se, todavia, relativizar essa análise, na medida em que o artigo 3º atribui à lei

³⁸ KOSCIUSKO-MORIZET, Nathalie. *Op. cit.*, p. 82.

³⁹ KOSCIUSKO-MORIZET, Nathalie. *Op. cit.*, p. 85.

⁴⁰ CAUDAL, Sylvie. *Le devoir de prévention: une exigence fondamentale fortement dépendante du législateur*, Environnement, Revue mensuelle LexisNexis JurisClasseur, nº 4, abril, 2005, p. 24.

a função de definir as modalidades de aplicação do dever de prevenção. Ademais, a relatora do projeto da Carta fez questão de destacar em seu relatório que este artigo da Carta deveria ser combinado com o artigo L. 110-1 do Código do Meio Ambiente⁴¹. Retomando trabalhos bastante conhecidos⁴², ela destacou também que uma tal menção é “quase única no mundo”⁴³.

Uma análise similar pode ser feita quanto ao artigo 4º da Carta: “Toda pessoa deve contribuir para a reparação dos danos que causar ao meio ambiente, dentro das condições definidas pela lei”. Mais uma vez, em vez de constitucionalizar o princípio do “poluidor-pagador”, a Carta estabeleceu um “dever de reparação” que pode ser interpretado como sendo, ao mesmo tempo, um progresso e uma regressão do Direito Ambiental. Essa escolha havia sido anunciada desde o início pelo Presidente da República (Discurso de *Orléans*), que havia destacado os limites do princípio do poluidor-pagador, preferindo substituí-lo pelo “princípio da responsabilidade”.

Segundo os redatores da Carta, esse dever teria um “domínio mais amplo” do que o do princípio do poluidor-pagador, que não foi constitucionalizado em razão de alguns pontos fracos⁴⁴. Os autores da Carta consideravam, por exemplo, que a aplicação prática deste princípio faz com que não seja sempre o poluidor que paga, deixando as custas, muitas vezes, a cargo do contribuinte, através das subvenções públicas. Ademais, este princípio não permite que se obrigue o causador de danos provocados em *res nullius* (tais como os pássaros marinhos) a pagar, além de autorizar, muitas vezes, a compra de um direito a poluir. Assim, os redatores da Carta renunciaram a constitucionalizá-lo e preferiram substituí-lo por um “dever de reparação”, apresentado como tendo um domínio mais amplo. Consequentemente, “Uma vez que o artigo 4º impõe uma exigência geral de reparação, levando em conta o conjunto dos danos diretos e indiretos ao meio

⁴¹ KOSCIUSKO-MORIZET, Nathalie. *Op. cit.*, p. 86.

⁴² HUTEN, Nicolas. *Les nouveaux fondements constitutionnels du droit de l'environnement*, dissertação, DEA de droit de l'environnement, Universidades de Paris I e Paris II, setembro de 2003, p. 66.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ KOSCIUSKO-MORIZET, Nathalie. *Op. cit.*, p. 88.

ambiente, ele não podia impor uma reparação integral”⁴⁵.

Tal compromisso não foi propriamente mal acolhido pela doutrina ambientalista⁴⁶, embora houvesse queixas de que a Constituição francesa se situasse em descompasso com o Direito Internacional (Declaração do Rio e Convenção de Lugano), com o Direito Comunitário (artigo 174 do Tratado que institui a Comunidade Europeia) e com o Código do Meio Ambiente (artigo L. 110-1), que reconheciam esse princípio.

Na prática, caberá, antes de tudo, à lei concretizar esse novo dever de responsabilidade que, como a maior parte das outras disposições da Carta, correm seriamente o risco de não ter nenhuma efetividade jurídica, sem a intervenção do legislador.

Somente o artigo 5º da Carta resiste a essa análise. No quadro das violentas polémicas relativas à Carta, em geral, e especialmente em relação ao princípio de precaução, o governo quis assegurar sua posição perante a opinião pública. Tal princípio foi inscrito explicitamente na Carta (contrariamente aos outros princípios do Direito Ambiental) e apresentado como sendo diretamente invocável, não tendo sido prevista nenhuma menção à lei: “Quando um dano, ainda que incerto, no estágio dos conhecimentos científicos, puder afetar de forma grave e irreversível o meio ambiente, as autoridades públicas, através do princípio de precaução, e nos domínios de suas atribuições, examinam a implementação de procedimentos de avaliação dos riscos bem como a adoção de medidas provisórias e proporcionais a fim de se premunir contra a concretização do dano”. A redação um pouco pesada deste artigo, que rompe com os outros dispositivos da Carta, deve-se à vontade dos redatores de enquadrar o melhor possível a definição deste princípio, dado o seu caráter quase irreversível, devido ao seu enraizamento constitucional. Tratava-se, além disso, de lapidar essa definição da melhor forma possível, para evitar-se de alimentar um debate já demasiadamente denso.

⁴⁵ Idem, p. 89. NT: a redação adotada no art. 4º da Carta, indica que o poluidor apenas “contribui” à reparação.

⁴⁶ BILLET, Philippe. *La déresponsabilisation des auteurs d’atteintes à l’environnement par l’article 4 de la Charte constitutionnelle, Environnement*, Revue mensuelle LexisNexis JurisClasseur, nº 4, abril de 2005, p. 25.

Nesse caso, a definição também acabou sendo o fruto de um compromisso. Por um lado, a menção explícita ao princípio e à sua aplicabilidade direta vão no sentido de uma Carta cogente. Além disso, em relação ao artigo L. 110-1 do Código do Meio Ambiente, a Carta não retoma a noção bastante contestada pelos ambientalistas de “custo economicamente aceitável”, aplicável às medidas de precaução. Por outro lado, os redatores da Carta adotaram uma definição atenuada, precisando que o dano deve ser grave “e” irreversível, e não, grave “ou” irreversível. A definição adotada é, deste modo, mais leve do que a da Declaração do Rio. Outrossim, a aplicação deste princípio limitada somente às “autoridades públicas” reduz igualmente o seu campo de aplicação em relação ao da lei “Barnier” de 1995 (art. L. 110-1 do Código do Meio Ambiente). Mas, no conjunto, a doutrina acolheu bem essa nova definição⁴⁷, embora alguns continuem a sustentar que não cabe à Constituição definir princípios materiais⁴⁸.

Contrariamente aos artigos precedentes, o artigo 6º da Carta não estabelece nem um direito, nem um dever, nem um princípio: ele constitui um objetivo, ao menos do ponto de vista da relatora do projeto na Assembleia Nacional: “As políticas públicas devem promover um desenvolvimento sustentável. Para esse fim, conciliam a proteção e a valorização do meio ambiente, o desenvolvimento econômico e o progresso social”. Esse artigo retoma, em substância, o princípio da integração, cuja constitucionalização havia sido solicitada pelo Presidente da República (*cf. infra*). Além disso, ele constitucionaliza a noção bastante consensual de desenvolvimento sustentável, tal qual definida no 7º considerando da Carta (*cf. infra*). Tal dispositivo é, portanto, apenas uma repetição dos considerandos 6 e 7 do Preâmbulo da Carta⁴⁹; essa consagração era necessária, já que os artigos da Carta, qualificados como objetivos de valor constitucional, têm uma força normativa que os considerandos da Carta não têm (*cf. infra*). Na medida em que

⁴⁷ BENOIT, Lilian. *Le principe de précaution reste... un principe*, Environnement, Revue mensuelle LexisNexis JurisClasseur, Nº 4, abril de 2005, pp.27-28.

⁴⁸ JEGOUZO, Yves. *Op. cit.*, p. 1105.

⁴⁹ DEHAERBE, Davide. *Le principe d'intégration ou une méthodologie juridique pour le développement durable*, Environnement, Revue mensuelle LexisNexis JurisClasseur, Nº 4, abril de 2005, pp. 29-31.

esse artigo se refere apenas às políticas públicas, o mesmo não foi objeto de maiores polêmicas da parte dos detratores da Carta.

Foi, porém, debatida na Comissão de leis da Assemblée Nacional, uma emenda sobre a eventual constitucionalização da cultura enquanto quarto pilar do desenvolvimento sustentável (os três primeiros pilares sendo a proteção do meio ambiente, o desenvolvimento econômico e o progresso social). A *Commission française du développement durable* (organismo consultivo extinto em maio de 2003, após a demissão de seus membros) mostrava-se, em um parecer, de abril de 2002⁵⁰, muito favorável a essa inclusão. Mas dado o contexto muito tenso que envolveu a redação da Carta, a relatora, Nathalie Kosciusko-Morizet, preferiu não “introduzir um elemento de confusão num debate que, centrado no meio ambiente, já comporta múltiplas e complexas dimensões”⁵¹. A ocasião histórica de constitucionalizar-se a proteção da cultura ao lado da proteção do meio ambiente foi, assim, desperdiçada, pela falta de serenidade nos debates.

O artigo 7º da Carta constitucionaliza, por sua vez, um direito: “Toda pessoa tem direito, nas condições definidas pela lei, a ter acesso às informações relativas ao meio ambiente detidas pelas autoridades públicas e a participar da elaboração das decisões públicas que incidam sobre o meio ambiente”. Quando a Carta foi redigida, diversas normas europeias e comunitárias já consagravam disposições similares. Trata-se, primeiramente, da Convenção de Aarhus, de 25 junho de 1998, que entrou em vigor na França em 21 de setembro de 2002, cujo artigo 1º estabelece o direito de acesso à informação e o acesso à justiça em matéria ambiental e a participação do público nas decisões relativas ao meio ambiente. Além desta Convenção, duas diretivas sobre a matéria entrariam igualmente em vigor: a de 28 de janeiro de 2003, relativa ao acesso do público em matéria ambiental, e a de 26 de maio de 2003, sobre a participação do público nos planos e programas relativos ao meio ambiente. Do mesmo modo, as recomendações do Conselho da Europa, assim como a jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos do Homem já haviam se manifestado sobre o assunto. Enfim, inúmeras disposições

⁵⁰ Parecer nº 2002-07.

⁵¹ KOSCIUSKO-MORIZET, Nathalie. *Op. cit.*, p. 118.

do Direito interno enquadravam a informação e a participação dos cidadãos, não somente em matéria ambiental. Por isso, o Professor Jégouzo explicou, principalmente em relação a esse artigo: “Os autores da Carta não têm um página branca em sua frente. Uma boa parte da partitura já estava escrita”⁵².

Para apreender o conjunto dessas normas, os autores da Carta estabeleceram, novamente, um compromisso: embora nenhuma restrição seja imposta aos titulares desse direito (toda pessoa), aqueles que se obrigam a assegurá-lo são, ao contrário, bastante limitados: trata-se somente das “autoridades públicas”. Dessa maneira, a Carta é mais restritiva do que a diretiva precitada de 28 de janeiro de 2003, que não restringia as informações exigíveis somente às autoridades públicas. Afastando preliminarmente um eventual conflito de normas, a relatora do projeto explicou que “seria permitido ao legislador prever o acesso às informações privadas, indo além das obrigações da Carta”⁵³. No entanto, o fato de limitar as informações exigíveis somente às autoridades públicas é uma restrição em relação à diretiva de 28 de janeiro de 2003.

O mesmo compromisso foi firmado em matéria de participação: embora baste uma “incidência sobre o meio ambiente” para permitir a participação, nem “toda pessoa” pode participar à elaboração das decisões, que se limitam às “decisões públicas”. Mas ainda nesse caso, o legislador poderá ir além do artigo 7º da Carta, embora nenhuma norma internacional ou comunitária obrigue-o a fazê-lo. O silêncio da Carta sobre as modalidades de participação também não deve ser interpretado como um retrocesso com relação à Convenção de Aarhus, cujo artigo 6-2 é muito mais preciso: sendo o legislador, em observação ao artigo 55 da Constituição, obrigado a respeitar a norma internacional, a exemplo da Convenção, “não parece necessário carregar a redação [do artigo 7 da Carta], inserindo outras precisões”⁵⁴.

Os três últimos artigos da Carta têm uma força muito mais simbólica do que jurídica. Assim, o artigo 8º dispõe que “a educação e a formação ambiental devem

⁵² JEGOUZO, Yves. La genèse de la Charte constitutionnelle de l’environnement, *Revue Juridique de l’Environnement*, 2003, RJE, nº especial La Charte constitutionnelle en débat, setembro de 2003.

⁵³ KOSCIUSKO-MORIZET, Nathalie. *Op. cit.*, p. 124.

⁵⁴ *Idem*, p. 125.

contribuir para o exercício dos direitos e deveres definidos pela presente Carta”. Este dispositivo apenas lembra a necessidade de educação da população quanto às questões ecológicas, missão que já fora reconhecida em inúmeros textos, como a Declaração de Estocolmo de 1972 ou a Convenção de Aarhus precitada. Tal norma, amplamente consensual, e cujo suposto alcance é o de um princípio de valor constitucional (*cf. infra*), dificilmente poderá ser utilizada no âmbito do controle da constitucionalidade de leis ou de contencioso ordinário, servindo, acima de tudo, para reforçar a coerência interna do texto, enquanto apoio aos direitos e deveres postos pela Carta⁵⁵.

A mesma análise pode ser feita quanto ao artigo 9º da Carta, segundo o qual “a pesquisa e a inovação devem concorrer para a preservação e a valorização do meio ambiente”. Trata-se de uma disposição já presente na Declaração de Estocolmo e que reforça, acima de tudo, a coerência interna da Carta: a pesquisa e a inovação exercem uma função essencial para a medição, a prevenção e a reparação das ameaças ao meio ambiente. O artigo 5º da Carta, impõe, nesse sentido, medidas de avaliação em caso de incerteza científica sobre a existência de um risco de dano ao meio ambiente. O artigo 9º representa também uma espécie de consolo para a Academia de medicina e para a Academia das ciências, que haviam se sentido ameaçadas pela Carta (*cf. supra*).

Enfim, o artigo 10 da Carta sustenta a ambição universalista de seus redatores: “A atuação européia e internacional da França inspira-se na presente Carta”. Sua formulação é tão ampla, que é difícil vislumbrar como essa disposição poderia ser objeto de contencioso: as modalidades de “inspiração” na Carta podem, com efeito, apresentar formas muito variadas. Todavia, a força simbólica desse artigo é importante: “Nosso país disporá, assim, de uma legitimidade incontestável para sustentar suas teses. Terá, caso precise, meios de propor seus novos instrumentos jurídicos como modelo aos países eventualmente interessados. Entrando em sua terceira geração de direitos humanos, restabelecerá relações com sua vocação universalista”⁵⁶. Assim, de acordo com a vontade presidencial, a Carta pode

⁵⁵ FONBAUSTIER, Laurent. L'éducation et la formation: une contribution à l'écocitoyenneté”, *Environnement, Revue mensuelle LexisNexis JurisClasseur*, Nº 4, abril 2005, pp.32-34.

⁵⁶ KOSCIUSKO-MORIZET, Nathalie. *Op. cit.*, p. 45.

pretender alçar-se ao status da Declaração dos Direitos do Homem de 1789.

§ 3 Uma aplicação jurisprudencial ainda modesta, mas promissora

Quase dois anos após sua entrada em vigor⁵⁷, a Carta não se revelou ser nem a caixa de Pandora imaginada por alguns, nem o ato fundador de uma revolução ecológica, sustentada por outros. É preciso dizer que, freqüentemente, os comentadores mais virulentos da Carta haviam uma ideia bastante vaga do alcance jurídico próprio dos textos constitucionais na França.

Uma análise jurisprudencial mostra que a Constituição é raramente invocada na maioria dos litígios. Isso decorre principalmente do fato de que, na França, o Conselho Constitucional só pode ser interpelada pelos particulares em matéria eleitoral. Somente os 60 parlamentares, os Presidentes das Assembléias, o Primeiro Ministro e o Presidente da República podem lhe submeter uma lei, mas em um lapso de tempo muito reduzido (antes da sua promulgação). Assim, não existe, na França, controle de constitucionalidade de leis *a posteriori*. Apesar disso, o Conselho Constitucional já teve três oportunidades de aplicar a Carta do Meio Ambiente, embora tais decisões tenham sido, finalmente, muito modestas (1).

Quanto ao juiz ordinário, este também não tem a ocasião de aplicar a Constituição com freqüência. Embora a jurisdição judiciária se refira algumas vezes à Constituição, a jurisdição administrativa, prefere quanto a ela aplicá-la somente em caso de ausência de lei que possa resolver claramente o litígio. Assim, é sobretudo em matéria de *référés administratifs*⁵⁸ que a Carta poderia ter produzido efeitos. Com efeito, uma vez que o artigo 1º da Carta introduz um novo direito fundamental, este último podia ter sido invocado no quadro de um *référé suspension*⁵⁹ (art. L. 521-2 do mesmo Código). Dois acórdãos nesse sentido já surgiram, mas também permanecem muito modestos (2).

⁵⁷ NT: cabe lembrar que o artigo foi redigido em 2007.

⁵⁸ NT: os *référés* são medidas de urgência, ações cautelares.

⁵⁹ NT: trata-se de medida que visa a suspensão de uma decisão contestada

Uma jurisprudência prudente do Conselho constitucional

Publicada no JO de 1º de março de 2004, a Carta não tardou a ser objeto de uma primeira decisão: no quadro de suas competências em matéria de contencioso eleitoral (artigo 60 da Constituição), dois eleitores – bem conhecidos por seus inúmeros processos insólitos – impetraram uma ação perante o Conselho Constitucional, contestando a legalidade de dois decretos que organizavam o referendo sobre a Constituição Europeia.

Em meio a inúmeros fundamentos heteróclitos, os requerentes sustentavam que o projeto de Constituição Europeia submetido ao referendo não era conforme à Carta do Meio Ambiente. Este argumento era bastante hábil na medida em que o Conselho – que já havia se pronunciado sobre a inconstitucionalidade parcial desse Tratado⁶⁰ – não havia podido exercer esse controle em relação a sua conformidade à Carta do Meio Ambiente, já que esta ainda não tinha sido constitucionalizada na época. Sobre o mérito, o requerimento sustentava que a Constituição Europeia, que mencionava o princípio da precaução, sem o definir, era contrária à definição francesa deste princípio, tal qual formulada pelo artigo 5º da Carta do Meio Ambiente.

Rejeitando o conjunto dos pedidos da petição, o Conselho se contentou em determinar, em sua decisão de 24 de março de 2005, que “de qualquer maneira, o Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa não é contrário à Carta do Meio Ambiente”⁶¹. É verdade que o argumento dos requerentes, bastante escalafobético, não merecia maior atenção. Como a Constituição Europeia foi rejeitada pelo referendo de 29 de maio de 2005, essa decisão torna-se ainda menos importante. Porém, ela, ao menos, permitiu ao Conselho reconhecer a Carta do Meio Ambiente entre os textos de valor constitucional.

Provém igualmente do Conselho Constitucional, a segunda decisão que fez referência à Carta do Meio Ambiente⁶². Tratava-se, dessa vez, de um caso mais

⁶⁰ Decisão nº 2004-505 DC *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Recueil, p. 173 – Journal officiel de 24 de novembro de 2004, p. 19885.

⁶¹ Conselho Constitucional, Decisão de 24 de março de 2005 sobre requerimentos apresentados pelo senhor Stéphane HAUCHEMAILLE e pelo senhor Alain MEYET, Recueil, p. 56 – Journal Officiel de 31 de março de 2005, p. 5834.

⁶² Decisão nº 2005-514 DC, *Loi relative à la création du registre international français* – Journal Officiel de 4 de maio de 2005, p. 7702.

“sério”, já que fora interposto por 140 deputados e 68 senadores que, de acordo com o artigo 61-2 da Constituição, contestavam a legalidade de uma lei relativa ao Direito Marítimo francês. Esta lei, que buscava principalmente flexibilizar as normas trabalhistas aplicáveis às tripulações de navios de comércio franceses, tinha como objetivo tornar a legislação francesa mais competitiva em relação a de outros países.

Ora, segundo os parlamentares, “o recrutamento de inúmeros marinheiros nas mais baixas condições sociais só pode conduzir à constituição de tripulações mal formadas e onde as ordens correm o risco de serem mal cumpridas, especialmente em caso de urgência”. Sem se referir a disposições específicas, estimavam, pois, que a lei era globalmente negativa para a segurança marítima e que era, desse modo, contrária ao imperativo de “proteção e valorização do meio ambiente” mencionado na Carta.

O argumento de defesa do governo francês era no sentido de que o artigo 6º da Carta era um objetivo de valor constitucional e que, em razão disso: “cab[ia] ao legislador, no que diz respeito às matérias de sua competência, determinar, no âmbito de seu poder de apreciação política, as medidas que lhe parece[essem] mais apropriadas para traduzir este objetivo”. O governo ponderava também que a lei contestada não entrava “diretamente no campo das previsões do artigo 6º da Carta do Meio Ambiente. (...)” e que o “elo entre tais disposições e as finalidades de ordem ambiental perseguidas pelo poder constituinte [era] demasiadamente indireto para que os termos do artigo 6º da Carta [fossem] aplicados às disposições criticadas da lei contestada”.

Rejeitando este argumento, o Conselho examinou a conformidade da lei ao artigo 6º da Carta. Desse modo, ele reconheceu a este artigo um amplo alcance jurídico, já que aplicou-o a uma lei cuja relação com o meio ambiente é apenas indireta.

Além disso, o Conselho absteve-se de considerar explicitamente o artigo 6º da Carta como um princípio de valor constitucional, contentando-se em mencionar que “cabe ao legislador, em respeito ao princípio de conciliação, posto por essas disposições, determinar as modalidades de sua aplicação”. Retomando a argumentação do Governo, o órgão jurisdicional estimou que o legislador

conciliara corretamente a proteção e a valorização do meio ambiente com o desenvolvimento econômico e o progresso social.

Assim, o Conselho indicou qual o alcance jurídico que pretende dar à Carta do Meio Ambiente: como para o Preâmbulo de 1946, e conforme o artigo 34 da Constituição, cabe ao legislador conciliar e aplicar as disposições constitucionais. Além disso, é interessante observar que o Conselho não hesita em falar de um “princípio de conciliação”, embora o artigo 6º da Carta não consagre nenhum princípio. O cuidado que tiveram os redatores da Carta de não constitucionalizar “princípios” (*cf. supra*) parece, pois, ter sido em vão. Essa decisão deixa, contudo, bons presságios para a Carta, pois parece indicar que o Conselho não hesitará a atribuir-lhe significativo alcance jurídico, apesar das múltiplas precauções interpretativas tomadas por seus redatores.

Essa análise deve, porém, ser contrabalançada em função do terceiro acórdão do Conselho Constitucional sobre a Carta, de 7 de julho de 2005⁶³. Nesse caso, o Conselho fora novamente interpelado por parlamentares sobre a conformidade de uma lei em relação ao artigo 6º da Carta do Meio Ambiente. Tratava-se da lei relativa à política energética francesa. Ora, em respeito a uma exigência do Direito Comunitário, tal instrumento submetia os produtores de energia renovável a uma taxa de exportação. Os parlamentares sustentavam, contudo, que essa taxa era contrária ao artigo 6º da Carta, que obriga as políticas públicas a levar em consideração o desenvolvimento sustentável.

O Conselho Constitucional indeferiu o requerimento, estimando que em relação ao seu objeto, tal disposição “não desconhec[ia] nenhum dos interesses mencionados no artigo 6º da Carta do Meio Ambiente”. Com efeito, o Conselho contentou-se em observar que “as disposições criticadas limita[vam]-se a implementar as políticas de apoio estabelecidas pelos Estados membros da Comunidade Européia, no âmbito das trocas intracomunitárias, em favor das energias renováveis e da co-geração; assim, essas disposições tend[iam] a restabelecer a igualdade de condições de concorrência”. Assim, o Conselho limitou-se a constatar que as disposições legislativas criticadas apenas transpunham exigências comunitárias.

⁶³ Decisão nº 2005-516 DC *Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*, Recueil, p. 102 – Journal officiel de 14 de julho de 2005, p. 11589.

Se o Conselho tivesse censurado tal disposição, teria conduzido o Legislativo francês a um conflito insolúvel: negando-se a por em prática as taxas previstas pelo Direito Comunitário para se conformar a uma interpretação estrita da Carta, teria sido condenado pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Européias; submetendo-se ao Direito Comunitário, teria sido censurado pelo Conselho Constitucional. É, sem dúvida, por essa razão, que o Conselho Constitucional operou, nessa decisão, um controle restrito da conformidade da lei ao artigo 6º da Carta.

Felizmente, nesse caso, não surgiu nenhum antagonismo insuperável entre a Carta do Meio Ambiente e o Direito Comunitário. Mas o Conselho Constitucional não deveria pegar o hábito de deixar de aplicar a Carta para evitar de ofender o TJCE.

Algumas decisões audaciosas da jurisdição administrativa

O balanço das três primeiras decisões do Conselho Constitucional sobre a Carta é bastante modesto: embora o valor constitucional do texto seja claramente afirmado, os 9 sábios da rua de Montpensier mostram-se prudentes na utilização de suas disposições. Inúmeras interrogações permanecem em suspenso, principalmente quanto à natureza das diferentes disposições da Carta: objetivos de valor constitucional? Direitos fundamentais? Princípios de valor constitucional? A jurisprudência administrativa resolveu parcialmente essas interrogações. Primeiramente, foram dois Tribunais Administrativos que se pronunciaram. Em uma *ordonnance*⁶⁴ de 29 de abril de 2005 proferida com fundamento no artigo L 521-2 do Código de Justiça Administrativa (*référé-liberté*⁶⁵), o Tribunal Administrativo de *Châlons en Champagne* considerou “que ‘apoando’, na Constituição, uma Carta do Meio Ambiente que proclama em seu artigo 1º (...) o legislador pretendeu necessariamente erigir o direito ao meio ambiente como uma ‘liberdade fundamental’ de valor constitucional”⁶⁶. E, com esse fundamento, anulou uma portaria do *Préfet* do departamento de Marne que autorizava a realização de

⁶⁴ NT: o termo designa algumas decisões tomadas por um juiz, individualmente.

⁶⁵ NT: *cf. supra*.

⁶⁶ Tribunal Administratif de Châlons en Champagne, *requêtes*: 0500828, 0500829 e 0500830, *Ordonnance* de 29 de abril de 2005.

um festival de música *techno* em um espaço ‘de alto valor ambiental’. Essa primeira decisão fundada no artigo 1º da Carta deve ser interpretada com precaução, antes do acórdão final do Conselho de Estado. Mas não deixa de ser, de fato, extraordinária, na medida em que conduz o debate sobre o alcance do direito humano ao meio ambiente em um sentido muito favorável ao da Carta. Com efeito, como vimos precedentemente, os relatores da Carta sustentaram explicitamente que o direito do homem ao meio ambiente reconhecido pelo artigo 1º era um objetivo de valor constitucional, não podendo, em função disso, fundamentar um *référé* (cf. *supra*). Ora, o juiz competente em matéria de *référés* do Tribunal Administrativo sustenta absolutamente o contrário, nesse caso. Desse modo, ele acorda à Carta uma força normativa potencialmente muito significativa.

No mesmo sentido, em uma *Ordonnance* de 8 de dezembro de 2005, proferida com fundamento no artigo L. 521-1 do mesmo Código (*référé suspension*⁶⁷), o Tribunal Administrativo de Amiens estimou que “embora toda pessoa possa se prevalecer do direito de viver em um ambiente equilibrado e respeitoso da saúde que lhe é conferido pelas disposições precitadas do artigo 1º da Carta do Meio Ambiente, ela deve apresentar ao juiz os elementos que demonstrem que a decisão atacada atenta contra a situação da pessoa protegida por esse direito”⁶⁸. Novamente, nesse caso, o juiz competente em matéria de *référés* do Tribunal Administrativo contradiz explicitamente o que foi dito no curso dos debates parlamentares. Ele traz, todavia, uma atenuação, na medida em que considera que o artigo 2 da Carta, que consagra o dever de proteção do meio ambiente, não funda, por si só, o interesse de agir dos requerentes. Como o explica o Professor Laurent Fonbaustier, “Essa análise subjetivista da proteção do meio ambiente (...) utiliza o interesse em agir como um moderador dos efeitos espetaculares da Carta (...)”.⁶⁹

Enfim, um terceiro julgamento do Tribunal Administrativo pode ser mencionado, com relação ao princípio da precaução. Com efeito, em uma decisão de 4 de maio de 2006, o Tribunal Administrativo de Clermont Ferrand controlou a legalidade de uma autorização ministerial de disseminação de Organismos Geneticamente

⁶⁷ NT: cf. *supra*.

⁶⁸ Tribunal Administratif d’Amiens, *requête* n°0503011, *Ordonnance* du 8 décembre 2005

⁶⁹ Cf. FONBAUSTIER, Laurent. *Chronique de jurisprudence relative à la Charte de l’environnement*, Environnement, Les revues du Jurisclasseur, janeiro de 2006, n°1, p.18

Modificados com base no artigo 5º da Carta do Meio Ambiente e ao Código do Meio Ambiente. O Tribunal estimou que no âmbito de um controle de *erreur manifeste d'appréciation*⁷⁰, o juiz pode anular tal autorização somente “na hipótese em que os pareceres das instâncias competentes (...) são desfavoráveis ou não foram recolhidos pela autoridade administrativa, ou ainda quando são constatados elementos objetivos e comprovadores (...)”⁷¹. Assim, essa decisão traz uma resposta aos debates acalorados que haviam envolvido o artigo 5º da Carta: a constitucionalização do artigo 5º não modificou o alcance que já era atribuído ao princípio da precaução pelo Código do Meio Ambiente.

Outrossim, nesse caso, o Tribunal Administrativo anulou a autorização ministerial com base no artigo 6-2 da Convenção de Aarhus precitada, que exige que um parecer seja comunicado ao público a fim de entregar-lhe, em tempo hábil, uma informação eficaz. Na ausência do parecer, a autorização foi, logicamente, anulada. Constata-se, porém, que os requerentes não invocaram o artigo 7 da Carta, que estabelece os princípios da informação e da participação. Com efeito, como vimos anteriormente, a formulação adotada para esse artigo é bastante vaga, sendo, pois, muito menos cogente que a Convenção de Aarhus ou que as diretivas comunitárias na matéria. Ademais, ela atribui à lei a função de organizar a informação e a participação. Assim, os requerentes escolheram, obviamente, invocar o Direito Internacional em vez de a Carta do Meio Ambiente.

Era preciso, no entanto, esperar o veredicto do Conselho de Estado para saber que alcance se deveria acordar à jurisprudência dos Tribunais Administrativos. A Alta Jurisdição pronunciou-se pela primeira vez sobre a Carta do Meio Ambiente em uma decisão de 6 de abril de 2006⁷². Em um considerando lacônico, o Conselho limitou-se a constatar a conformidade de uma portaria ministerial, que fixava a abertura da caça às aves migratórias, com o artigo 5º da Carta do Meio Ambiente e com o artigo L. 110-1 do Código do Meio Ambiente. A única contribuição dessa

⁷⁰ NT: no controle da legalidade de atos administrativos discricionários, o juiz exerce um controle sobre os eventuais erros manifestos de apreciação dos fatos que podem ter justificado a adoção de tais atos.

⁷¹ Tribunal Administratif de Clermont Ferrand, 4 mai 2006, *requête* n°050889

⁷² Conseil d'Etat, 6ª e 1ª sub-seções reunidas, 6 de abril de 2006, *Ligue pour la protection des oiseaux et autres*, requerimento n°283103.

decisão é o fato de ser a primeira a consagrar a força jurídica da Carta do Meio Ambiente; ela o faz, porém, sem abordar maiores detalhes.

Quanto ao segundo caso do Conselho de Estado, sua interpretação é bem mais delicada. Com efeito, em uma decisão de 19 de junho de 2006⁷³, a mais alta instância administrativa, considerou que “Quando há disposições legislativas adotadas para assegurar a aplicação dos princípios enunciados pelos artigos 1, 2 e 6 da Carta do Meio Ambiente de 2004 (...), a legalidade das decisões administrativas aprecia-se com relação a essas disposições, e, tratando-se de disposições legislativas anteriores à entrada em vigor da Carta do Meio Ambiente, de acordo com estas, desde que as mesmas não sejam incompatíveis com as exigências que decorrerem desta Carta”. Pode-se cair na tentação de interpretar que este considerando invalida “a posição dos Tribunais Administrativos (...), negando aos requerentes a possibilidade de invocar diretamente algumas das disposições mais expressivas da Carta”⁷⁴. É bem verdade que, com essa frase, o Conselho de Estado indica que só aplicará a Carta através de leis relativas ao meio ambiente. Assim, o órgão jurisdicional parece indicar que a Carta não é diretamente invocável pelos requerentes perante os Tribunais Administrativos. Porém, na realidade, essa decisão se refere apenas ao contencioso de anulação, não valendo para os *référés* (medidas de urgência). Não se pode, pois, deduzir que, através dessa decisão, o Conselho de Estado invalide a posição dos Tribunais Administrativos, e nada impede que os requerentes acionem o *juge des référés* (competente para as medidas de urgência) dos Tribunais Administrativos com fundamento nos artigos 1 e 2 da Carta do Meio Ambiente. Parece-nos, assim, excessivo interpretar que essa jurisprudência limite de maneira significativa o alcance jurídico da Carta. Inúmeras interrogações permanecem em aberto.

[voltar ao índice ▲](#) [início do texto ▲](#)

⁷³ Conseil d’Etat, 6^e et 1^{er} sous-sections réunies, 19 juin 2006, Association Eau et Rivières de Bretagne, *requête* n°282456.

⁷⁴ FONBAUSTIER, Laurent. *Chronique de Jurisprudence relative à la Charte de l’environnement*, Environnement, dezembro de 2006, n° 12, p.10

**O RÓTULO ECOLÓGICO COMUNITÁRIO (REC) E O
ECO-MANAGEMENT AND AUDIT SCHEME (EMAS)**

ENSAIO SOBRE A SUA QUALIFICAÇÃO JUS-ADMINISTRATIVA (*)

Mário Tavares da Silva¹

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS; 1.1. Nota Prévia; 1.2. Delimitação do objecto; 1.2.1. O rótulo ecológico comunitário (REC) e o respectivo regime legal – análise da dimensão comunitária e da dimensão nacional; 1.2.2. O eco-management and audit scheme (EMAS) e o respectivo regime legal – análise da dimensão comunitária e da dimensão nacional; 1.3. O REC e o EMAS no paradigma da Administração infra-estrutural; 2. A SOCIEDADE DE RISCO (Risikogesellschaft); 2.1. A informação como dimensão positiva dos procedimentos de atribuição do REC e do registo EMAS; 2.2. O REC e o EMAS à luz do novo modelo de administração multilevel – em especial, a dimensão informativa como fonte de minimização do risco; 3. QUALIFICAÇÃO JUS-

^{1*} O presente texto corresponde à versão final do relatório apresentado na Disciplina de Direito Administrativo, sob a orientação do Prof. Doutor VASCO PEREIRA DA SILVA e com o sugestivo tema de “Direito Administrativo Sem Fronteiras”, no curso de Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Políticas, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no ano 2008/2009.

Ao Professor Doutor Vasco Pereira da Silva é devida uma palavra de profundo reconhecimento e gratidão, não só por toda a atenção que, em boa hora, dispensou à análise crítica da minha exposição inicial mas, sobretudo, pelo seu decisivo contributo para a minha melhor compreensão do Direito Administrativo.

Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Ano 2008/2009.

Ex-assessor, no XVII Governo Constitucional, do Secretário de Estado do Ordenamento do Território e das Cidades.

Exerce, actualmente, funções de Subinspector-Geral da Inspeção-Geral da Administração Local.

ADMINISTRATIVA DO REC E DO EMAS; 3.1. O REC e o EMAS no contexto da actividade informal da Administração Pública; 3.2. O REC e o EMAS – proposta de qualificação jus – administrativa.

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

1.1. Nota Prévia

É nosso propósito com a presente investigação fornecer as bases necessárias para uma melhor compreensão de duas das mais modernas e intrigantes figuras do Direito Ambiental², o rótulo ecológico comunitário (REC) e o eco-management and audit scheme (EMAS).

Na realidade, e como bem ilustra VASCO PEREIRA DA SILVA, “*sopram ventos*” no Direito do Ambiente e esses ventos “*trazem mudança*”³. Urge pois compreender

² Segundo Gomes Canotilho “...a tendência actual para a progressiva autonomização do direito do ambiente não esconde, porém, a dificuldade de recortar conceitualmente as especificidades deste novo ramo de direito. Se inventariarmos algumas definições, intuir-se-á facilmente que subjacente à questão do conceito de direito do ambiente está a própria noção ou conceito de ambiente.” Assim prossegue o emérito Professor de Coimbra exemplificando: “...direito do ambiente é direito que visa resolver os conflitos que surgem ao procurar-se garantir os fundamentos naturais da existência do homem” (M. Klopfer) ...” ou “...direito que tem como objecto as relações recíprocas entre o homem e a natureza” (Winter) ...” ou, ainda, direito resultante da “...soma das normas jurídicas dirigidas à protecção do ambiente” (W. Hope/Beckmann)...”. Conclui, depois, apoiando-se em H. Steiger (“Umwelt als eigenes Rechtsgebiet, in Archiv des öffentlichen Rechts – AÖR, n.º117, 1992, p.103 e ss.”) que “...qualquer que seja a definição, todos estão de acordo em considerar o direito do ambiente como um típico direito dos modernos, ou, talvez melhor, dos pós modernos, pois ele é a resposta da ordem jurídica às várias problemáticas ambientais e ecológicas geradas pela civilização científico – técnico - industrial dos tempos modernos. Para mais desenvolvimentos vide J.J. Gomes Canotilho, in Lições de Direito Público do Ambiente, Curso de Pós-Graduação promovido pelo CEDOUA e pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1995/96.

³ Vasco Pereira da Silva, “*Ventos de Mudança no Direito do Ambiente, A Responsabilidade Civil Ambiental*”, extraído do texto que corresponde à versão escrita da intervenção realizada no Colóquio sobre «As novidades legislativas no Direito do Ambiente», organizado pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, que teve lugar na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 14 de Novembro de 2008.

Nesse escrito, o mesmo autor apresenta-nos uma refrescante descrição do actual Direito do Ambiente, falando-nos, em primeiro, na existência de ventos em sentido físico, isto é, os que sopram de maneira diferente do habitual, aludindo neste específico caso às alterações climáticas, em segundo lugar, em ventos jurídicos que correm da Europa e que obrigam a considerar seriamente os fenómenos ambientais e, por fim, em ventos portugueses, significando estes últimos que as questões ambientais começam, também entre nós, a ser “levadas a sério”.

essa mudança e todos os fenómenos e institutos jurídicos a ela associados, pois só desse modo estaremos em condições de enfrentar melhor os desafios que se avizinham.

Ora em nosso entender, o REC e o EMAS são, a um tempo, reflexo desses ventos que por aí sopram e que, inegavelmente, trazem mudança e, a um outro, dois interessantes e paradigmáticos exemplos que nos permitem aferir da aptidão do tradicional *instrumentarium* qualificativo da dogmática jus-administrativa para enfrentar não só esses como outros novos modos do *agere* administrativo.

A esta constatação alia-se ainda a circunstância da administração pública dos nossos dias se caracterizar, entre outras coisas, pela multiplicidade e diversidade das suas formas de actuação, tendo passado da “*farda única*” do acto administrativo ao moderno “*pronto a vestir*” dessas mesmas formas de actuação administrativa⁴.

Por tudo isto, não temos, confessadamente, a pretensão de traçar aqui uma nova dogmática relativa à natureza do acto administrativo mas tão só contribuir para clarificar o exacto posicionamento que o REC e o EMAS ocupam no firmamento jus - administrativo português.

Feitas estas advertências preliminares, e procurando desde já traçar em linhas gerais a sistemática a que obedeceu a nossa investigação, refere-se que optámos primeiramente por partir de uma caracterização do REC e do EMAS, dilucidando-se o respectivo enquadramento legal na sua dimensão comunitária e nacional.

Posteriormente, enquadrámos cada um deles no contexto da nova administração infra-estrutural que caracteriza a sociedade de risco, enfatizando-se aí a informação como uma importante dimensão positiva dos procedimentos administrativos que culminam ou na atribuição do REC ou no registo EMAS. Nesta análise procura-se também olhar o emergente modelo de administração *multi-*

⁴ Cfr. Vasco Pereira da Silva, *Verde Cor de Direito - Lições de Direito do Ambiente*, Almedina, Coimbra, 2002, pp.173 e ss.

level e a importância que a referida dimensão de informação pode aí assumir como factor de minimização do risco.

Finalmente, procura-se ensaiar uma possível qualificação *jus - administrativa* do REC e do EMAS, dando-se aqui especial atenção à sua dimensão material e procurando, simultaneamente, a sua compreensão à luz da *função administrativa de informação pública* e da *actividade administrativa informal*.

1.2. Delimitação do objecto

1.2.1. O rótulo ecológico comunitário (REC) e o respectivo regime legal – análise da dimensão comunitária e da dimensão nacional

O Sistema Comunitário de Atribuição do Rótulo Ecológico (SCARE I) foi criado em 1992 através do Regulamento⁵ (CEE) n.º880/92, do Conselho, de 23 de Março de 1992⁶. O seu objectivo era, por um lado, criar um sistema comunitário de atribuição do rótulo ecológico facultativo destinado a promover os produtos com um impacto ambiental reduzido durante o seu ciclo de vida completo e, por outro lado, fornecer aos consumidores informações precisas, exactas e cientificamente estabelecidas relativas ao impacto ambiental dos produtos.

O artigo 18.º desse Regulamento previa que o mais tardar no prazo de 5 anos a contar da data da sua entrada em vigor, a Comissão devesse efectuar um exame de todo o sistema à luz da experiência que entretanto tivesse adquirido no âmbito do respectivo funcionamento do SCARE I, propondo, caso tal se viesse a revelar necessário, as alterações ao referido regulamento.

É neste contexto que surge o Regulamento (CE) n.º1980/2000⁷, do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Julho de 2000 que institui o Sistema Comunitário

⁵ De acordo com o disposto no artigo 249.º do Tratado da União Europeia (TUE), o regulamento tem carácter geral, sendo obrigatório em todos os seus elementos e directamente aplicável em todos os Estados-Membros.

⁶ JO L99, de 11.4.1992, p.1.

⁷ JOCE L237, de 21.9.2000, p.1.

de Atribuição de Rótulo Ecológico (*que adiante, e por simplicidade de exposição, designaríamos por SCARE II, dado que se trata de uma revisão do SCARE I*) e que revoga, através do seu artigo 19.º, o Regulamento (CEE) n.º880/92.

O Regulamento (CE) n.º1980/2000, do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Julho de 2000 (*Regulamento de Atribuição do Rótulo Ecológico, adiante abreviadamente designado por RARE*) encontra-se novamente em discussão, dada a proposta⁸ apresentada pela Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho para a instituição de um novo sistema comunitário de rótulo ecológico.

Paralelamente, temos um conjunto de decisões⁹ da Comissão que concretiza todo o procedimento de atribuição do rótulo ecológico.

Assim, e em primeiro lugar, divisamos, em execução do disposto no artigo 12.º do RARE, a decisão¹⁰ da Comissão n.º2000/728/CE, de 10 de Novembro de 2000 (*entretanto alterada pela decisão¹¹ da Comissão n.º2003/393/CE, de 22 de Maio de 2003*), que estabelece as taxas aplicáveis aos pedidos e as taxas anuais relativas ao rótulo ecológico¹².

⁸ COM (2008/0152 COD) 401 final, de 16.7.2008. A proposta de revisão do SCARE II resulta de uma avaliação de todo o sistema efectuada pela Comissão em 2005. De acordo com os resultados dessa avaliação, o REC, que aliás é a única etiqueta deste tipo em toda a União Europeia, contribuiu de forma clara e inegável para a fixação dos objectivos de melhoria do comportamento ambiental dos produtos, tendo sido utilizado por múltiplas empresas participantes no âmbito das suas campanhas publicitárias. Concluiu-se, ainda, que o conceito de uma etiqueta comunitária é preferível aos das variadas etiquetas nacionais e ninguém, nem mesmo os consumidores, deseja que ela deixe de existir. Não obstante, a avaliação realizada apresenta ainda alguns aspectos negativos: a) continua a existir um reduzido conhecimento e implantação da etiqueta a nível europeu; b) continuam a ser insuficientes as categorias de produtos e de serviços que dispõem de critérios para a sua obtenção; c) a organização e o procedimento para a sua obtenção são lentos e não permitem ao sistema actuar com eficácia; d) as exigências e os custos para a sua obtenção são muitas vezes de tal ordem que em lugar de constituir um incentivo se torna um obstáculo; e) existe uma falta de percepção por parte do público relativamente aos benefícios de comprar produtos ecoetiquetados.

⁹ Segundo o art.249.º do TUE, a decisão é obrigatória em todos os seus elementos para os destinatários que designar.

¹⁰ JOCE L293, de 22.11.2000, pp.18-19.

¹¹ JOCE L135, de 3.6.2003, p.31.

¹² A atribuição do REC implica o pagamento de dois tipos de taxas: i) a taxa aplicável aos pedidos, relativa aos custos inerentes ao processamento do pedido (normalmente designados como custos administrativos); ii) a taxa anual, relativa à utilização do rótulo.

Em segundo lugar, e em execução do disposto no artigo 9.º do RARE, temos a decisão¹³ da Comissão também de 10 de Novembro de 2000, e que estabelece um contrato-tipo respeitante às condições de utilização do rótulo ecológico europeu.

Finalmente, encontramos ainda as decisões relativas à fixação dos critérios ecológicos que os produtos¹⁴ que pretendam obter o REC devem cumprir¹⁵.

Diria pois que existem, a nível comunitário, dois relevantes níveis de normação: i)

¹³ JOCE L293, de 22.11.2000, p.20-23.

¹⁴ Nos termos do n.º1 do artigo 1.º do RARE, o termo «produto» inclui qualquer tipo de bens ou serviços.

¹⁵ Os critérios são específicos para cada grupo de produtos, encontrando-se definidos nas respectivas decisões da Comissão. As decisões da Comissão encontram-se disponíveis para consulta ou para a realização de *download* no site <http://ec.europa.eu/ecolabel>. Actualmente, encontram-se definidos critérios ecológicos para 28 tipologias de produtos, estando disponíveis no referido site europeu os respectivos manuais de candidatura. Para os grupos de produtos “têxteis”, “calçado”, “papel *tissue*”, “detergentes para lavagem manual de louça”, “produtos lava tudo e produtos de limpeza para instalações sanitárias” e “serviços de alojamento turístico”, os respectivos manuais de candidatura encontram-se traduzidos para língua portuguesa e disponíveis no site da Direcção-Geral das Actividades Económicas <http://www.dgae.min-economia.pt>.

A título de exemplo refere-se que para os serviços de alojamento turístico e parques de campismo foram os respectivos critérios ecológicos definidos pelas Decisões da Comissão n.º2003/287/CE, de 14 de Abril de 2003 e n.º2005/338/CE, de 14 de Abril de 2005 (*esta última foi entretanto alterada pela Decisão da Comissão n.º2008/276/CE, de 17 de Março de 2008*), respectivamente. Ou, ainda, a Decisão da Comissão n.º2007/506/CE, que estabelece os critérios ecológicos para a atribuição do rótulo ecológico comunitário a sabonetes, champôs e condicionadores de cabelo.

Refira-se, ainda, a este propósito, a possibilidade de ocorrerem, após consulta do Comité do Rótulo Ecológico da União Europeia, prorrogações dos prazos de validade dos critérios ecológicos previstos nas diversas decisões da Comissão.

Assim, por força da Decisão (2008/889/CE) da Comissão de 18 de Novembro de 2008 (notificada com o número C (2008) 6941), e após consulta do Comité do Rótulo Ecológico da União Europeia, foram prorrogados os prazos de validade dos critérios ecológicos para a atribuição do rótulo ecológico comunitário a certos produtos. Deste modo, foram prorrogados os prazos de validade dos critérios ecológicos constantes das seguintes decisões: i) Decisão n.º2002/747/CE da Comissão, de 9 de Setembro de 2002 que estabelece os critérios ecológicos para a atribuição do rótulo ecológico comunitário às lâmpadas eléctricas e altera a Decisão n.º1999/568/CE, cujo prazo de validade expirava em 28 de Fevereiro de 2009, prorrogado até 30 de Abril de 2010; ii) Decisão n.º2003/31/CE da Comissão, de 29 de Novembro de 2002 que estabelece os critérios ecológicos para a atribuição do rótulo ecológico comunitário a detergentes para máquina de lavar louça e altera a Decisão n.º1999/427/CE, cujo prazo de validade expirava em 31 de Dezembro de 2008, prorrogado até 31 de Dezembro de 2010; iii) Decisão n.º2005/342/CE da Comissão, de 23 de Março de 2005 que estabelece os critérios ecológicos para a atribuição do rótulo ecológico comunitário a detergentes para lavagem manual de louça, cujo prazo de validade expirava em 31 de Dezembro de 2008, prorrogado até 31 de Dezembro de 2010; iv) Decisão n.º2005/344/CE da Comissão, de 23 de Março de 2005 que estabelece os critérios ecológicos para a atribuição do rótulo ecológico comunitário a produtos de limpeza «lava tudo» e produtos de limpeza para instalações comunitária, cujo prazo de validade expirava em 31 de Dezembro de 2008, prorrogado até 31 de Dezembro de 2010; v) Decisão n.º2005/360/CE da Comissão, de 26 de Abril de 2005 que estabelece os critérios ecológicos para a atribuição do rótulo ecológico comunitário a lubrificantes, cujo prazo de validade expirava em 31 de Maio de 2009, prorrogado até 31 de Julho de 2010.

A via de aplicação directa do RARE; ii) As decisões dimanadas pela Comissão. Neste segundo nível afigura-se-nos ainda importante distinguir o segmento mais relacionado com aspectos procedimentais (*em que se inscrevem as decisões da Comissão relativas à concretização dos valores das taxas a cobrar e ao contrato-tipo a firmar entre o organismo competente de cada Estado-Membro e o requerente, após a decisão de atribuição do REC*), com aspectos de organização e funcionamento do próprio Comité do Rótulo Ecológico da União Europeia (CREUE), instituído pela Decisão da Comissão n.º2000/730/CE de 10 de Novembro de 2000¹⁶ e, finalmente, as decisões relativas aos aspectos materiais/substanciais, ou seja, à aferição do cumprimento (*ou não*) dos critérios ecológicos específicos que hão-de possibilitar ao organismo competente nacional do Estado-Membro decidir pela atribuição (*ou não*) do rótulo ecológico a um determinado produto.

Ainda nesse mesmo ano e agora já por força da Decisão (2008/962/CE) da Comissão de 15 de Dezembro de 2008 (notificada com o número C (2008) 8442), e após consulta do Comité do Rótulo Ecológico da União Europeia, foram prorrogados os prazos de validade dos critérios ecológicos para a atribuição do rótulo ecológico comunitário a certos produtos. Deste modo, foram prorrogados os prazos de validade dos critérios ecológicos constantes das seguintes decisões: i) Decisão n.º2001/405/CE da Comissão, de 4 de Maio de 2001 que estabelece os critérios ecológicos para a atribuição do rótulo ecológico comunitário aos produtos de papel *tissue* e cujo prazo de validade expirava em 4 de Maio de 2009, prorrogado até 4 de Janeiro de 2010; ii) Decisão n.º2002/255/CE da Comissão, de 25 de Março de 2002 que estabelece os critérios ecológicos para a atribuição do rótulo ecológico comunitário a televisores e cujo prazo de validade expirava em 31 de Março de 2009, prorrogado até 31 de Outubro de 2009; iii) Decisão n.º2002/371/CE da Comissão, de 15 de Maio de 2002 que estabelece os critérios ecológicos para a atribuição do rótulo ecológico comunitário aos produtos têxteis e que altera a Decisão n.º1999/178/CE e cujo prazo de validade expirava em 31 de Maio de 2009, prorrogado até 31 de Dezembro de 2009; iv) Decisão n.º2002/740/CE da Comissão, de 3 de Setembro de 2002 que estabelece os critérios ecológicos para a atribuição do rótulo ecológico comunitário aos colchões de cama e altera a Decisão n.º98/634/CE e cujo prazo de validade expirava em 28 de Fevereiro de 2009, prorrogado até 31 de Dezembro de 2009; v) Decisão n.º2002/741/CE da Comissão, de 4 de Setembro de 2002 que estabelece os critérios ecológicos para a atribuição do rótulo ecológico comunitário ao papel de cópia e ao papel para usos gráficos e altera a Decisão n.º1999/554/CE e cujo prazo de validade expirava em 28 de Fevereiro de 2009, prorrogado até 31 de Dezembro de 2009; vi) Decisão n.º2005/341/CE da Comissão, de 11 de Abril de 2005 que estabelece os critérios ecológicos para a atribuição do rótulo ecológico comunitário aos computadores pessoais e cujo prazo de validade expirava em 30 de Abril de 2009, prorrogado até 31 de Maio de 2010; vii) Decisão n.º2005/343/CE da Comissão, de 11 de Abril de 2005 que estabelece os critérios ecológicos para a atribuição do rótulo ecológico comunitário aos computadores portáteis e cujo prazo de validade expirava em 30 de Abril de 2009, prorrogado até 31 de Maio de 2010.

¹⁶ JOCE L293, de 22.11.2000, p.24-30. Acresce ainda a Decisão da Comissão n.º2000/731/CE, publicada no mesmo JOCE e que estabelece o regulamento interno do fórum de consulta do sistema comunitário revisto de atribuição do rótulo ecológico.

Na sua vertente nacional, e sem prejuízo da vasta legislação de incentivos¹⁷ dada no âmbito do SCARE II, cumpre apenas referir o Despacho n.º15512/2006, de 28 de Junho, exarado pelos Ministros do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional e da Economia e da Inovação¹⁸.

Do quadro normativo referido podemos então, com segurança, concluir o seguinte:

O SCARE II é um instrumento voluntário de gestão ambiental¹⁹ orientado para o

¹⁷ Veja-se, por exemplo, o Regulamento do Sistema de Incentivos à Qualificação e Internacionalização de PME (SI Qualificação de PME) que considera elegíveis as despesas inerentes à obtenção do rótulo ecológico e à certificação e marcação de produtos (*subalínea x) da alínea c) do n.º1 do artigo 12.º e alínea f) do n.º1 do artigo 5.º, ambos da Portaria n.º1463/2007, de 15 de Novembro*). Ou ainda o que dispõe o Regulamento do Sistema de Incentivos à Inovação (SI Inovação) que considera elegíveis as despesas inerentes à obtenção do rótulo ecológico e à certificação e marcação de produtos (*subalínea x) da alínea c) do n.º1 do artigo 11.º da Portaria n.º1464/2007, de 15 de Novembro*).

¹⁸ Publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º138, de 19 de Julho de 2006.

¹⁹ Ou numa perspectiva semelhante um **instrumento de política ambiental** baseado no produto ou “*product policy instrument*”. Um instrumento de gestão ambiental como o rótulo ecológico funciona no fornecimento de informações simples, precisas e exactas aos consumidores procurando, de forma segura, orientar as suas opções para produtos mais amigos do ambiente, donde ser inevitável que as empresas que se esforcem por desenvolver, produzir e/ou comercializar estes produtos, vejam assim esses mesmos esforços reconhecidos perante os consumidores. O rótulo ecológico é também, por essa razão, um eficaz **instrumento de marketing do produto**, permitindo novas oportunidades de negócio. Na realidade, as escolhas individuais dos consumidores quanto à forma de melhor satisfazerem as suas necessidades com qualidade adequada podem conduzir a melhorias ambientais significativas, através da aquisição de produtos menos agressivos para o ambiente, quando comparados com outros destinados ao mesmo fim. A respectiva procura assume-se pois como um importante estímulo para as empresas incrementarem os seus esforços no domínio do ambiente e melhorarem permanentemente o desempenho ambiental dos seus produtos ao longo do respectivo ciclo de vida, sem que a qualidade seja descurada. O rótulo ecológico comunitário tem também a vantagem de estimular o planeamento, concepção, produção, marketing, uso e consumo ambientalmente sustentáveis de produtos.

Blanca Lozano Cutanda refere oportunamente que “... as últimas tendências do Direito Ambiental apontam para a aplicação, por parte dos actores económicos, cada vez mais incentivada e interventiva pelos poderes públicos, de **técnicas importadas do mundo empresarial** e adaptadas como instrumentos para a obtenção de melhores resultados ambientais, como sejam a normalização e a certificação, destacando, nesse sentido, as auditorias e os sistemas de gestão ecológica da empresa e as marcas ecológicas ou ecoetiquetas”. Blanca Lozano Cutanda, *Derecho Ambiental Administrativo*, Dykinson, 9.ª edição revista e actualizada, 2008, p.110

Também **Ramón Martín Mateo** considera que a “...ecoetiqueta se inclui nos mecanismos de mercado, respondendo, até certo ponto, às modernas tendências liberalizadoras que pretendem incorporar nos preços os custos ambientais associados à produção e distribuição. Tem um alcance predominantemente dispositivo, pelo menos formal, sendo aliás esse o aspecto que a distingue das ecotaxas...” acrescentando ainda que “...dentro dos instrumentos preventivos para a protecção do ambiente, a ecoetiqueta apresenta-se como um instrumento jurídico e de mercado de considerável valor estratégico, o que aliás se compagina bem com o seu carácter voluntário, sem prejuízo de que, sendo necessário por força da própria pressão do mercado ou por força da própria decisão que possa vir a ser tomada pelas autoridades ambientais, os seus efeitos se aproximem aos dos regulamentos das entidades públicas”. Ramón Martín Mateo, *Manual de Derecho Ambiental*, Edição Thomson Aranzadi,

produto, com o objectivo claro de promover aquele que revele ter menores impactos ambientais durante o respectivo ciclo de vida (*de acordo com uma análise do ciclo de vida ou «from cradle to grave»²⁰⁾ ou, pela afirmativa, com características ambientais de excelência quando comparados com outros produtos do mesmo grupo, desse modo potenciando, inegavelmente, uma utilização eficiente dos recursos e um elevado nível de protecção do ambiente;*

O SCARE II não se aplica a produtos com substâncias perigosas, a géneros alimentícios, bebidas, produtos farmacêuticos, nem aos dispositivos médicos definidos na Directiva n.º93/42/CEE, do Conselho que se destinem apenas a utilização profissional ou a serem prescritos ou supervisionados por profissionais médicos;

O SCARE II permite, uma vez concluído o respectivo procedimento junto do organismo competente e em cooperação com a Comissão, a possibilidade de utilizar uma etiqueta ambiental ou REC²¹, símbolo de qualidade ambiental (*uma margarida*)²²;

3.ª Edição, revista e ampliada, 2003, p.121.

²⁰ A análise do ciclo de vida de um produto é uma ferramenta chave para a correcta compreensão e avaliação dos impactos ambientais que ao mesmo possam ser associados. Nessa análise, os impactos ambientais dos produtos são avaliados do “*berço ao túmulo*” isto é, considerando todas as fases do seu ciclo de vida desde a extracção de matérias-primas, passando pela produção, distribuição e utilização, até ao destino final (*designadamente através de operações de eliminação, de reciclagem, de valorização ou de reutilização*). Como refere Blanca Lozano, “...a análise do ciclo de vida de um produto garante uma rigorosa avaliação das suas vantagens ambientais, permitindo evitar situações em que uma determinada vantagem/melhoria ambiental possa não ser possível num longo prazo...”. Por outro lado, se nessa avaliação se integrarem todas as opções e variáveis possíveis, pode mesmo chegar-se, na expressão de Villamil Serrano e Maties Garcia, citados por Blanca Lozano, a um “autêntico hieróglifo”. Blanca Lozano..., ob. cit. p.484.

²¹ A partir do momento em que é atribuído o REC (*o que apenas sucede após a assinatura do contrato com a Direcção-Geral das Actividades Económicas, abreviadamente designada por DGAE*), o produto pode ostentar o logótipo da flor em qualquer parte, devendo o consumidor procurá-lo na embalagem ou mesmo na etiqueta.

²² O REC não é um caso inédito na Europa, dado que existem outros esquemas de rotulagem ecológica adoptados por outros países ou conjunto de países. Por exemplo, nos Países Nórdicos temos o *Nordic Swan* (*integra a Noruega, Suécia, Dinamarca e Finlândia*), na Alemanha o *Der Blau Engel* (ou *Blue Angel*), na Suécia o *Bra Mijöval*, o NF Environment na França, nos EUA o *GREEN Seal*, na Áustria temos *The Austrian Ecolabel* (ou *Umweltzeichen*), na Holanda o *The Milieukeur* e, ainda, o *Eco-Mark* no Japão. No entanto, o único rótulo ecológico existente para a toda a Europa é o REC, como tal previsto e disciplinado pelo RARE. A título de curiosidade, o que dá também uma ideia do crescente interesse que a etiqueta ambiental ecológica europeia tem vindo a suscitar junto dos operadores económicos, daríamos conta de que, segundo uma avaliação a que tivemos acesso,

O SCARE II permite orientar os consumidores, disponibilizando-lhes informações simples, precisas, exactas e cientificamente comprovadas sobre os produtos em causa²³;

Os critérios ecológicos que devem ser cumpridos para a atribuição do REC são estabelecidos por grupos de produtos abrangendo, entre outros, a qualidade do ar, da água, a protecção dos solos, a redução de resíduos, a poupança de energia ou, ainda, o ruído ou a biodiversidade. Estes critérios ecológicos específicos para cada «grupo de produtos» e os respectivos períodos de validade são definidos após consulta do CREUE e constam das decisões da Comissão Europeia, publicadas no respectivo jornal oficial (série L), após aprovação²⁴, por maioria qualificada, dos

datada de 2008, existiam a essa data cerca de 26 grupos de produtos, 622 licenças concedidas e mais de 3000 produtos etiquetados ecologicamente. Com o *Blue Angel* na Alemanha, a situação é bastante mais expressiva, uma vez que segundo a mesma avaliação, existiram também nessa data cerca de 80 grupos de produtos, 950 licenças concedidas e mais de 10000 produtos etiquetados ecologicamente.

²³ Os objectivos prosseguidos com a atribuição do REC são, fundamentalmente, de dois tipos: a) por um lado, incentivar as actividades produtivas e que respeitem o meio ambiente, mediante a recompensa traduzida na concessão de um logótipo ecológico o qual, num mercado cada vez mais sensibilizado para as questões ambientais, permite melhorar consideravelmente a imagem do produto (*e ainda que indirectamente da empresa*), exercendo através dele um efeito positivo nas vendas. Logra-se, por esta forma, que o mercado interesse da sociedade actual pela protecção ambiental actue como força motriz das decisões produtivas e comerciais das empresas; b) oferecer aos consumidores uma informação exacta e verídica sobre as repercussões ecológicas dos produtos, permitindo-lhes orientar a sua compra para os que se revelem menos prejudiciais para o meio ambiente.

Ver para mais desenvolvimentos Blanca Lozano..., ob. cit. p.475.

²⁴ A aprovação dos critérios pressupõe um processo negocial transparente e participado em que Portugal e os restantes Estados-Membros intervêm. No nosso caso, tal participação é assegurada pela DGAE, uma vez que é este serviço da administração directa do Estado o organismo competente. A DGAE assume pois funções de interlocutor único com as instituições comunitárias nesta vertente do SCARE II, cabendo-lhe representar Portugal nos diferentes fóruns onde são abordados os assuntos em causa, estando ainda igualmente assegurada a participação activa de todas as partes interessadas, quer a nível dos organismos públicos que detêm competências nas diferentes áreas quer a nível das organizações não governamentais representativas das mesmas. Nos termos do ponto 4.1 do Despacho n.º15512/2006, de 28 de Junho, compete à DGAE, no âmbito da vertente comunitária do SCARE II, assegurar a coordenação da mesma devendo, para esses efeitos, receber toda a documentação proveniente da Comissão Europeia e, no prazo de três dias, enviá-la à Agência Portuguesa do Ambiente (abreviadamente designada por APA) e, bem assim, difundi-la pelas entidades que detenham competências específicas nos domínios abrangidos pelos critérios, de acordo com a respectiva área de actuação, tendo em vista a obtenção dos seus pareceres (alínea a); compete-lhe, ainda, efectuar a apreciação da documentação, tomando em consideração os pareceres recebidos nos termos da alínea anterior e preparar, em concertação com a APA, a posição nacional sobre os assuntos em causa, bem como ainda assegurar a respectiva transmissão às instâncias onde os mesmos são analisados (alínea b); compete-lhe também participar, em conjunto com a APA e em prévia concertação com esta, nas reuniões comunitárias realizadas no âmbito do SCARE II, representando Portugal nos comités previstos nos artigos 13.º e 17.º do RARE e

Estados-Membros;

Os critérios que servem para análise dos produtos assentam em estudos científicos e consultas alargadas do CREUE²⁵;

O CREUE para além de contribuir para a elaboração e revisão²⁶ dos critérios de atribuição do REC, desempenha também um papel decisivo na revisão periódica dos requisitos de avaliação e de verificação desses critérios;

Os fabricantes, importadores e prestadores de serviços, bem como os comerciantes e os retalhistas que pretendam colocar no mercado produtos com a sua própria marca comercial, devem apresentar uma candidatura ao REC;

A candidatura referida na alínea anterior é apresentada à DGAE, a qual fornece o manual de candidatura aos interessados, incluindo os formulários a preencher, indicações gerais sobre o sistema de atribuição e explicações detalhadas de cada um dos critérios, bem como dos elementos comprovativos a expor;

No momento da candidatura é necessário pagar uma taxa relativa aos custos inerentes ao processamento do pedido, podendo ainda a entidade candidata ter de suportar todas as despesas relacionadas com a realização de exames que possam vir a ser solicitados no decurso da avaliação do processo de candidatura para confirmar as informações prestadas;

garantindo a respectiva votação (alínea c) para a DGAE e alínea c) do ponto 5.1 para a APA; finalmente, compete-lhe dar resposta às demais solicitações da Comissão Europeia e dos organismos competentes dos diferentes Estados Membros (EM) que actuem também dentro do SCARE II (alínea d).

²⁵ Divisa-se no procedimento para a elaboração e revisão dos critérios ecológicos uma especial preocupação em garantir que a nova regulação que venha a ser aprovada tenha tido plena participação de todos os possíveis interessados. Ver Blanca Lozano..., ob. cit. p.485.

²⁶ A revisão dos critérios de atribuição do REC e dos requisitos de cumprimento e comprovação relativos a tais critérios é, por mandato da Comissão, da responsabilidade do CREUE, devendo efectuar-se em devido tempo, ou seja, antes de finalizar o período de validade dos critérios específicos para cada categoria de produtos, devendo ter como resultado uma proposta de prorrogação do prazo de validade, a eliminação ou a revisão dos ditos critérios e requisitos. Ver Blanca Lozano..., ob. cit. p.485.

A candidatura, após proposta de decisão devidamente fundamentada pela DGAE²⁷, é remetida²⁸ à Agência Portuguesa do Ambiente²⁹ a fim de ser avaliada por uma Comissão de Selecção a que preside essa mesma agência (*responsável por fazer o enquadramento do produto na política nacional do ambiente*³⁰), a DGAE (*entidade à qual compete verificar se o produto cumpre os critérios ecológicos previstos pela decisão da Comissão que, ao caso, se mostre aplicável*) e outros organismos especializados (*aos quais compete avaliar o cumprimento da legislação comunitária e nacional aplicável ao produto em causa*);

À Comissão de Selecção compete³¹ decidir pela atribuição do REC, disso sendo lavrada a competente acta;

Na sequência da decisão de atribuição do REC, a DGAE deve celebrar contrato com o requerente, assegurar a respectiva notificação à Comissão Europeia, bem como informar da assinatura do contrato o Instituto do Consumidor e os organismos intervenientes na Comissão de Selecção³²;

A Comissão Europeia publica a atribuição do REC no sítio *web* do *eco-label*;

Em termos sintéticos diríamos que a implementação a nível nacional do SCARE II

²⁷ Cfr. leitura conjugada do disposto na alínea c) do n.º1 do artigo 4.º e artigo 12.º, ambos do Decreto-Lei n.º208/2006, de 27 de Outubro e, ainda, da alínea e) do artigo 4.º da Portaria n.º534/2007, de 30 de Abril, compete à Direcção de Serviços do Desenvolvimento Sustentável da Direcção-Geral das Actividades Económicas do Ministério da Economia e da Inovação gerir o processo de atribuição do rótulo ecológico.

²⁸ Cfr. alínea c) *in fine* do ponto 4.2 do Despacho n.º15 512/2006, de 19 de Julho.

²⁹ Cfr. leitura conjugada do disposto na alínea d) do n.º1 do artigo 4.º e alínea a) *in fine* do n.º2 do artigo 13.º, ambos do Decreto-Lei n.º207/2006, de 27 de Outubro, alínea a) *in fine* do n.º2 do artigo 2.º do Decreto Regulamentar n.º53/2007, de 27 de Abril e, ainda, da alínea c) *in fine* do n.º5 do artigo 4.º da Portaria n.º573-C/2007, de 30 de Abril, compete ao Departamento de Avaliação e Licenciamento Ambiental da Agência Portuguesa do Ambiente do Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional, acompanhar o processo de atribuição do rótulo ecológico.

³⁰ Cfr. leitura conjugada do disposto na alínea a) *in fine*, do n.º2 do artigo 2.º do Decreto-Regulamentar n.º53/2007, de 27 de Abril e alínea d) do ponto 5.2. do Despacho n.º15 512/2006, de 19 de Julho.

³¹ Cfr. alínea c) *in fine* do ponto 4.2. e alínea e) *in fine* do ponto 5.2., ambos do Despacho n.º15 512/2006, de 19 de Julho.

³² Cfr. alínea f) do ponto 4.2. do Despacho n.º15 512/2006, de 19 de Julho.

assenta, fundamentalmente, numa clara repartição de atribuições e competências entre a DGAE e a APA, sendo a DGAE o interlocutor único com as instituições comunitárias:

O SCARE II engloba uma vertente comunitária que compreende uma fase de elaboração, discussão e aprovação de critérios e uma vertente nacional que se reconduz à atribuição do REC a produtos candidatos para os quais estejam aprovados e publicados critérios ecológicos específicos sob a forma de decisões da Comissão;

Ainda no âmbito da vertente comunitária, e no que se reporta à emissão de pareceres relativos aos critérios em desenvolvimento, deve ser assegurada a audição das organizações não governamentais representativas das áreas em causa e serem tomadas em consideração as suas posições de modo a garantir a participação activa de todas as partes interessadas e um nível de transparência adequado;

Já a nível nacional, e tendo presente os objectivos e princípios do SCARE II, devem ter intervenção em todo o procedimento administrativo conducente à atribuição do REC, o Instituto do Consumidor e outros organismos da Administração Pública que detenham competências em áreas específicas abrangidas pelo referido sistema;

Ainda na dimensão nacional, é instituída uma Comissão de Selecção a quem incumbe avaliar as candidaturas apresentadas e decidir da atribuição do REC aos respectivos produtos, comissão essa que integra, de forma permanente, a DGAE e a APA e, consoante os produtos em causa, os organismos especializados;

Após a decisão favorável da comissão de selecção deve, obrigatoriamente, ser celebrado entre o organismo competente nacional (DGAE) e o requerente o

contrato³³ a que se refere o artigo 9.º do RARE, devendo posteriormente ser notificada à Comissão Europeia a atribuição do rótulo para efeitos de registo no sítio da *web*;

O REC tem uma validade de 3 a 5 anos, variando segundo a decisão da Comissão de Selecção que avaliou a candidatura, podendo a empresa em causa, dentro desse período, e sempre que as entidades competentes entendam necessário, ser sujeita a fiscalização sem aviso prévio;

Antes do prazo expirar, o produto é reavaliado e, se as condições que conduziram à sua distinção se mantiverem, o contrato poder ser renovado automaticamente.

O eco-management and audit scheme (EMAS) e o respectivo regime legal – análise da dimensão comunitária e da dimensão nacional

O Regulamento (CE) n.º761/2001, do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de Março³⁴ *(que substitui a primeira norma europeia que regulou esta matéria em 1993)* instituiu o Sistema Comunitário de Ecogestão e Auditoria «EMAS» (*adiante*

³³ O contrato-tipo prevê vários direitos e obrigações, quer para o organismo competente quer para o requerente a quem haja sido outorgado o direito à utilização do rótulo ecológico nos seus produtos. Com especial interesse no âmbito da nossa investigação refira-se a possibilidade (artigo 5.º do contrato-tipo) de suspensão e de revogação do acto autorizativo de utilização do rótulo ecológico.

³⁴ JO L114, de 24.4.2001, p.1. O Regulamento EMAS veio a ser alterado pelo Regulamento (CE) n.º196/2006, da Comissão de 3 de Fevereiro de 2006 e pelo Regulamento (CE) n.º1791/2006 do Conselho de 20 de Novembro de 2006, respectivamente publicados no JO L32, de 4.2.2006, p.4 e JO L363, de 20.12.2006, p.1. De notar que com a primeira alteração procedeu à substituição da secção A do Anexo I do REMAS II, adaptando-o à norma europeia EN ISO 14001:2004.

A título de excursão histórico refere-se que o EMAS, na versão do Regulamento (CE) n.º761/2001, de 19 de Março, consubstancia o EMAS actualmente em vigor e que sucedeu ao EMAS que havia sido criado pelo Regulamento (CEE) n.º1836/93 do Conselho de 29 de Junho de 1993. Desde 1993 e até 2001, data da aprovação do REMAS II, que muitas coisas sucederam: foram criadas as estruturas para a implementação do sistema (organismos competentes e organismos de acreditação) e foi reconhecida a EN ISO 14001 como primeiro passo para a participação no EMAS. Só em 1997 se iniciou então o processo que viria a culminar com o REMAS II actualmente em vigor e que incorporou, como alterações principais, as seguintes medidas: i) *alargamento do âmbito do EMAS*; ii) *adopção de um logótipo EMAS*; iii) *reforço do papel da declaração ambiental*; iv) *consideração mais completa dos efeitos indirectos*; v) *integração da ISO 14001*; vi) *envolvimento dos trabalhadores*.

*abreviadamente designado por REMAS II)*³⁵, tendo como objectivos a avaliação e a melhoria do comportamento ambiental das organizações³⁶ e a prestação de informações³⁷ relevantes ao público e a outras partes interessadas.

De acordo com o n.º2 do artigo 1.º do REMAS II, a promoção da melhoria do comportamento ambiental das organizações deve realizar-se através de:

- i) Concepção e implementação de sistemas de gestão ambiental³⁸ por parte das organizações em conformidade com o Anexo I;
- ii) Avaliação sistemática, objectiva e periódica do desempenho desses sistemas em conformidade com o Anexo I;

³⁵ O REMAS II, como qualquer outro regulamento emanado pelo poder legislativo da Comunidade Europeia, resulta directamente aplicável aos Estados-Membros desde a sua entrada em vigor, sem prejuízo dos EM poderem ditar normas para facilitar a sua aplicação.

³⁶ Segundo Ramón Martín Mateo, o sistema EMAS constitui um dispositivo de natureza pública, respondendo “...a necessidades e interesses de transcendência colectiva, supranacional, relacionadas com a defesa e promoção de valores ambientais...”. De acordo com o referido autor, pretende-se “...estimular as iniciativas empresariais mediante uma recompensa traduzida na facilidade de colocação no mercado de produtos e serviços oferecidos e, por essa via, aumentar a simpatia dos consumidores e usuários, colocando, por conseguinte, em situação positiva, a organização, quer nas suas relações com os administradores quer nas suas relações como os seus próprios fornecedores de serviços: financeiras, seguradoras e de outro tipo”. Ramón Martín..., ob. cit. p.149.

³⁷ “A chave de todo o sistema EMAS é pois a difusão da informação obtida com o sistema de gestão ambiental mediante a declaração ambiental, cujo objectivo é facilitar ao público e às demais partes interessadas toda a informação ambiental relativa quer ao impacto e ao comportamento ambiental da organização quer às medidas a adoptar para a melhoria permanente desse mesmo comportamento. Ver Blanca Lozano..., ob. cit. p.470.

³⁸ O sistema de gestão ambiental é a componente do sistema global de gestão em que se inclui a estrutura organizacional, actividades de planeamento, responsabilidades, práticas, processos, procedimentos e recursos destinados a definir, aplicar, consolidar, rever e manter a política ambiental (alínea k) do artigo 2.º do REMAS II). O sistema de gestão ambiental apoia qualquer organização no conhecimento das questões ambientais que lhes estão associadas, orientando-a na respectiva integração de tais questões na gestão da própria organização, com o fim último de melhorar o desempenho ambiental da mesma. Existem pois vantagens associadas à implementação de um sistema de gestão ambiental. Por um lado vantagens estratégicas como uma melhor imagem da organização, um aumento da confiança dos clientes/público, uma melhor aceitação por parte da população e uma redução dos prémios de seguro. Temos depois vantagens operacionais como a melhoria na organização de processos, uma maior economia de recursos (*designadamente os que se relacionam com energia, materiais e água*), uma efectiva redução de custos de insegurança e de coimas ambientais e uma menor frequência de acidentes combinada com uma maior rapidez de resposta a situações de emergência. Finalmente temos vantagens culturais ou de recursos humanos, em especial uma maior satisfação dos colaboradores com o aumento dos índices de produtividade que tal situação normalmente induz.

iii) Prestação de informações sobre o comportamento ambiental e um diálogo aberto com o público e outras partes interessadas;

iv) Participação activa do pessoal na organização, bem como na formação e no aperfeiçoamento profissionais adequados, que permitam uma participação activa nas tarefas referidas em i), podendo os representantes dos trabalhadores, sempre que o manifestem, participar.

Do exposto, parece não resultar dúvidas que o REC que antes enquadrámos se distingue do EMAS (*e também da norma ISO 14001*³⁹ *que não constitui no entanto objecto do presente estudo*) pelo facto de que enquanto aquele se dirige exclusivamente ao produto (*entenda-se bens e serviços*) este último dirige-se a todas organizações interessadas em melhorar o seu comportamento ambiental global (*n.º1 do art.3.º do REMAS II*).

Temos pois, a um tempo, a orientação para o produto no caso do REC e, a outro, a orientação para a organização no caso do EMAS. O EMAS tem como objectivo principal a comunicação com outros actores que não o consumidor, como sejam, por exemplo, o próprio Estado, a banca, as seguradoras e mesmo os accionistas da empresa candidata.

Para além do REMAS II⁴⁰, e sem prejuízo da vasta legislação de incentivos⁴¹ a ele

³⁹ No âmbito da norma ISO 14001 é feita uma certificação ao passo que no EMAS de que nos ocupamos na presente investigação se faz uma verificação. Note-se, no entanto, que estes dois referenciais tem um vasto conjunto de pontos em comum (*estes sistemas de gestão ambiental baseiam-se no modelo de planeamento › implementação › verificação › revisão ou plan-do-check-act*), sendo que o EMAS é mais exigente, designadamente em termos de desempenho ambiental mas tem menor projecção internacional, uma vez que se trata de um regulamento comunitário ao passo que a ISO 14001 de uma norma internacional.

⁴⁰ Ainda no âmbito do enquadramento comunitário destacaríamos: i) *Recomendação da Comissão (2001/680/CE) de 7 de Setembro de 2001, relativa à definição de orientações para a aplicação do REMAS II*; ii) *Decisão da Comissão (2001/681/CE) de 7 de Setembro de 2001, relativa também à definição de orientações para a aplicação do REMAS II*; iii) *Recomendação da Comissão (2003/5327CE), de 10 de Julho de 2003, relativa à definição de orientações para a aplicação do REMAS II no que se relaciona com a selecção e utilização de indicadores de desempenho ambiental*; iv) *Decisão da Comissão (2006/193/CE), de 1 de Março, por via da qual se estabelecem disposições relativas à utilização do logótipo EMAS nos casos excepcionais das embalagens de transporte e das embalagens terciárias*.

⁴¹ Veja-se, por exemplo, o Regulamento do Sistema de Incentivos à Qualificação e Internacionalização de PME (SI Qualificação de PME) que considera elegíveis as despesas inerentes à implementação de sistemas de gestão pela qualidade total (*subalínea viii) da alínea c) do n.º1 do artigo 12.º e alínea f) do n.º1 do artigo 5.º, ambos da Portaria n.º1463/2007, de 15 de Novembro*). Ou

associada, devemos considerar no plano nacional alguns importantes normativos que se revelam de importância decisiva no funcionamento do REMAS II em Portugal.

Deste modo, temos em primeira linha o Decreto-Lei n.º142/2002, de 20 de Maio, por via do qual se designam as entidades responsáveis pelo EMAS, de modo a assegurar a aplicação na ordem jurídica interna do REMAS II. Para além deste diploma temos, num plano já mais secundário, a Portaria n.º455/99, de 23 de Junho⁴², depois complementada, nos termos do seu n.º3, pelo Despacho n.º15115/2002 (2.ª série)⁴³.

Finalmente uma nota para o Despacho (*extracto*) n.º9138/2008⁴⁴, de 13 de Fevereiro, do Director-Geral da APA que procede à alteração da bandeira “Registo EMAS” e, simultaneamente estabelece as regras da sua utilização.

Do quadro normativo referido podemos, com segurança, concluir o seguinte:

O procedimento administrativo tendente à obtenção do registo EMAS pode ser iniciado por qualquer entidade que corresponda à definição prevista na alínea s) do artigo 2.º do REMAS II;

Trata-se pois, à semelhança do que sucede com o REC, de um instrumento voluntário de gestão ambiental⁴⁵;

ainda o que dispõe o Regulamento do Sistema de Incentivos à Inovação (SI Inovação) que considera elegíveis as despesas inerentes à implementação de sistemas de gestão pela qualidade total (*subalínea viii) da alínea c) do n.º1 do artigo 11.º da Portaria n.º1464/2007, de 15 de Novembro*).

⁴² Estabelece a fórmula de cálculo das taxas no âmbito do EMAS. Os encargos inerentes ao processo de registo no EMAS correspondem ao pagamento de uma taxa a liquidar no acto de pedido de registo e de renovação de registo, bem como de uma taxa anual de manutenção. Actualmente o valor da taxa de registo e de renovação é de €744,87. A taxa anual pode ser de €744,87 ou de €2.234,61, caso se trate, respectivamente, de uma pequena e média empresa (PME) ou de uma grande empresa.

⁴³ Estabelece os valores dos parâmetros H e K utilizados no cálculo das taxas no âmbito do EMAS.

⁴⁴ Publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º62, de 28 de Março de 2008.

⁴⁵ Segundo Quintana López, a «*ecoauditoria não é (...) um instrumento idealizado para altruístas do meio ambiente, mas para empresas que pretendem ser competitivas numa realidade social cada vez mais sensível aos problemas ambientais*». Tomás Quintana López “*El Sistema Comunitário de Ecoauditoria. Aproximación a su Puesta en Funcionamiento*», in Sosa Wagner (coord.), «*El Derecho Administrativo en el Umbral del Siglo XXI – Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*», cit, tomo III, pp.3501 e seguintes, *apud.*, Vasco Pereira da Silva – *Verde Cor...* ob. cit., p.225.

O requerimento é entregue na APA⁴⁶, instruído com cópia da declaração ambiental⁴⁷ (*adiante abreviadamente designada por DA*) validada por um verificador ambiental, de acordo com os elementos mínimos previstos no ponto 3.2. do Anexo III do REMAS II e outros documentos que a APA entenda solicitar;

Uma vez recebida a ficha e liquidada a respectiva taxa, a APA aferirá se a organização candidata cumpre os requisitos previstos pelo REMAS II;

Nesta fase, caberá ainda à APA analisar a DA validada⁴⁸ entregue pela organização

⁴⁶ De acordo com uma leitura conjugada do disposto na alínea d) do n.º1 do artigo 4.º e alínea a) *in fine* do n.º2 do artigo 13.º, ambos do Decreto-Lei n.º207/2006, de 27 de Outubro, alínea a) *in fine* do n.º2 do artigo 2.º do Decreto Regulamentar n.º53/2007, de 27 de Abril e, ainda, da alínea a) do n.º5 do artigo 4.º da Portaria n.º573-C/2007, de 30 de Abril, compete ao Departamento de Avaliação e Licenciamento Ambiental da Agência Portuguesa do Ambiente do Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional, administrar o sistema português de ecogestão e auditoria, no quadro de aplicação do regulamento comunitário correspondente.

⁴⁷ Segundo Ramón Martín Mateo, a “...*Administração deve assegurar-se que a declaração ambiental não seja um mero acto propagandístico, mas sim que seja fidedigna e incorpore uma autêntica preocupação da empresa para melhorar ambientalmente a sua conduta...*”; Ramón Martín..., ob. cit. p.149.

⁴⁸ Nos termos do ponto 3.1. do Anexo III do REMAS II, o objectivo da DA é municiar o público e as outras partes interessadas, com informações de carácter ambiental relativas ao impacto e comportamento ambientais e à melhoria contínua do comportamento ambiental da organização, razão pela qual ela deve ser apresentada de forma clara e coerente. Ao registar-se pela primeira vez, a organização deve apresentar um conjunto de informação em matéria ambiental (DA), para validação por um verificador ambiental. Essas informações, após a referida validação, devem então ser apresentadas ao organismo competente (*in casu* a APA) e postas seguidamente à disposição do público. A DA é pois um instrumento de comunicação e diálogo com o público e as outras partes interessadas relativo ao comportamento ambiental. Segundo o ponto 3.2. do Anexo III do REMAS II, a DA deve, no mínimo, conter os seguintes elementos: i) *uma descrição clara e inequívoca da organização que solicita o registo no EMAS e um resumo das suas actividades, produtos e serviços, bem como das suas relações com qualquer organização – mãe, caso exista;* ii) *a política ambiental da organização e uma descrição sumária do sistema de gestão ambiental;* iii) *uma descrição de todos os aspectos ambientais, directos e indirectos, que resultam em impactos ambientais significativos da organização e uma explicação da relação entre a natureza desses impactos e aqueles aspectos;* iv) *uma descrição dos objectivos e das metas ambientais e a sua relação com os aspectos e impactos ambientais significativos;* v) *um resumo dos dados disponíveis sobre o comportamento da organização relativamente aos seus objectivos e metas ambientais, no que se relaciona com os seus impactos ambientais significativos. Este resumo pode incluir os valores das emissões poluentes, da produção de resíduos, do consumo de matérias-primas, energia e água, do ruído e ainda de outros aspectos indicados no Anexo VI. Os dados devem permitir uma comparação anual que possibilite determinar a evolução do comportamento ambiental da organização;* vi) *outros factores relacionados com o comportamento ambiental, incluindo o comportamento em face das disposições legais no que se refere aos impactos ambientais significativos;* vii) *o nome e o número de acreditação do verificador ambiental (o verificador ambiental tem como função verificar se o levantamento ambiental, o programa de auditoria, o sistema de gestão ambiental e a declaração ambiental estão conforme com o REMAS II) e a data de validação.* Uma nota ainda relevante para o que dispõe o ponto 3.5., também

em causa, em especial aferindo se a mesma contém a informação mínima necessária, de acordo com o Anexo III do REMAS II, incorpora as orientações estabelecidas pela APA e se apresenta dados relativos até seis meses antes da sua validação;

Após análise da candidatura e caso a informação seja insuficiente ou revele a existência de incorrecções, deve a APA solicitar à organização candidata a junção de novos elementos ou a correcção dos elementos entregues;

Caso a candidatura se encontre correctamente instruída, a APA dá seguimento ao procedimento de registo, disso informando a organização candidata;

Nesta fase, a APA promove as consultas as entidades competentes⁴⁹ (*normalmente as Comissões de Coordenação e de Desenvolvimento Regional ou as Administrações de Região Hidrográfica caso a actividade tenha relação com os recursos hídricos*) com jurisdição na área de localização da organização candidata para que se pronunciem, num prazo de 15 dias úteis⁵⁰, quanto à existência de objecções ao registo relativamente ao cumprimento da legislação ambiental que lhe seja aplicável⁵¹;

Promove ainda consultas às entidades coordenadoras de licenciamento (ECL)

do Anexo III, relativo à publicidade da informação. Na realidade, é aí referido que as informações ambientais publicadas por uma organização podem ostentar o logótipo EMAS desde que tenham sido validadas por um verificador ambiental acreditado como sendo informações: *i) exactas e não enganadoras; ii) fundamentadas e verificáveis; iii) relevantes e utilizadas numa situação ou contexto adequado; iv) representativas do comportamento ambiental global da organização; v) não passíveis de más interpretações; vi) significativas em termos de impacto ambiental global.*

⁴⁹ Cfr. n.º1 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º142/2002, de 20 de Maio em execução do n.º3 do artigo 5.º e n.º5 do artigo 6.º do REMAS II. Estas entidades competentes são, para efeitos do disposto na alínea p) do artigo 2.º do REMAS II, «*parte interessada*», entendendo-se esta como qualquer indivíduo ou grupo, incluindo as autoridades, interessado ou afectado pelo comportamento ambiental de uma determinada organização.

⁵⁰ O número 2 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º142/2002, de 20 de Maio refere que as partes/entidades consultadas ao abrigo do número 1 se devem pronunciar no prazo de 10 dias. A APA confere 15 dias, solução que se compreende atenta a complexidade da análise a efectuar na grande maioria dos casos.

⁵¹ O número 2 *in fine* do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º142/2002, de 20 de Maio prevê que na ausência de resposta por parte das entidades consultadas se deve entender tal silêncio como equivalendo a parecer favorável (*acto silente positivo*).

designadamente, e consoante a natureza da actividade da organização em causa, às Direcções Regionais de Economia ou às Direcções Regionais de Agricultura;

Com especial importância refere-se ainda a consulta ao organismo nacional de acreditação ou Instituto Português de Acreditação (IPAC);

Por regras, e sendo desfavoráveis os pareceres recebidos pela APA dentro do prazo de que legalmente as entidades dispõe para se pronunciar, a APA, cumprida que seja a fase de audiência de interessados, proporá a recusa de registo;

Ao invés, e caso não haja necessidade de obtenção de esclarecimentos adicionais, não hajam sido levantadas quaisquer objecções à atribuição de registo e a APA entenda que as exigências do REMAS II se encontram cumpridas, a organização candidata será notificada da decisão favorável ao pedido de registo sendo-lhe simultaneamente enviado o certificado de registo EMAS que formaliza e comprova o registo da organização e, ainda, a bandeira⁵² de registo EMAS, a qual confere maior visibilidade do comportamento ambiental, sustentado num sistema de melhoria contínua da organização⁵³;

Após atribuição do registo EMAS, a APA actualiza a base de dados das organizações registadas e assegura a sua divulgação, designadamente no seu *sítio* da Internet;

Mensalmente a APA comunica ao EMAS *HelpDesk*, serviço de informação da Comissão Europeia e ao Departamento de Prospectiva e Planeamento e Relações

⁵² Nos termos do número 3 do Despacho (extracto) n.º9138/2008, de 13 de Fevereiro (*publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º62, de 28 de Março de 2008*), a bandeira EMAS só pode ser hasteada pela organização nos exactos locais que se encontram registados no EMAS, não o podendo fazer em qualquer outro local dessa mesma organização que não possua certificado de registo. No caso de organizações com registo associado, aplicável a vários locais, a bandeira pode ser hasteada em todos os locais que possuam certificado de registo. Uma outra particularidade que destacaríamos ainda relativamente à possibilidade de hastear a bandeira EMAS é de que tal só pode suceder se e na medida em que se mantiver válido o registo, devendo a APA obrigatoriamente recolher a bandeira, cumpridos que sejam os procedimentos legais respectivos (*e, nestes, em particular, a fase de audiência dos interessados*), em caso de suspensão total ou anulação do registo.

⁵³ A título de curiosidade refira-se que a APA envia também com esta notificação, um CD-ROM com o Programa “*Logo Generator*” que ajuda na elaboração do logótipo EMAS para uso da organização registada.

Internacionais, do Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional, os registos atribuídos, sendo que qualquer alteração verificada relativamente às organizações registadas, são também comunicadas ao EMAS *HelpDesk*, bem como o envio das DA e respectivas actualizações⁵⁴; À semelhança do que sucede com o SCARE II, também no âmbito do REMAS II se prevê, independentemente do procedimento de actualização⁵⁵ e de renovação⁵⁶ do registo, a possibilidade de ocorrência de sua recusa⁵⁷, suspensão⁵⁸ e

⁵⁴ Uma vez registada no EMAS, a organização deve colocar à disposição do público e das outras partes interessadas a DA, bem como as respectivas actualizações anuais devidamente validadas, deste modo garantindo-se a máxima divulgação desses documentos.

⁵⁵ Para efeitos de manutenção do registo EMAS, a organização registada deve remeter as actualizações da DA quando perfizer um ano e, depois, dois anos após a data de validação da DA, acompanhadas do relatório de verificação do sistema de gestão ambiental. Em casos excepcionais e devidamente fundamentados, podem ser aceites as actualizações de DA validadas no máximo com dois meses de atraso à data prevista, implicando o não cumprimento dos prazos previstos a suspensão do registo até à resolução da situação, tendo como data limite a próxima data de manutenção (*caso ainda esteja dentro do período dos três anos de validade do registo*) ou de renovação (*se o prazo dos três anos estiver a terminar*). Findo este prazo dar-se-á início ao procedimento de cancelamento de registo. Os desvios à frequência com que as actualizações devem ser realizadas apenas pode operar nas circunstâncias previstas na Recomendação da Comissão n.º96/280/CE e desde que não ocorram alterações operacionais no sistema de gestão ambiental.

⁵⁶ As organizações registadas no EMAS devem solicitar a renovação do seu registo através de um procedimento em tudo semelhante ao procedimento de registo inicial, regendo-se pois pelos mesmos requisitos e condições. Esse pedido de renovação deve ser instruído com cópia da DA, validada por um verificador acreditado para o efeito, e com os demais elementos exigidos pela APA. Uma vez autorizada a renovação, esta terá um prazo máximo de 36 meses, contados da data da validação da DA.

⁵⁷ A APA pode, designadamente, recusar o registo se a DA não apresentar o conteúdo mínimo definido no ponto 3.2. do Anexo III do REMAS II, se receber um parecer desfavorável do organismo nacional de acreditação relativamente à acreditação do verificador ambiental em causa, se for informada pelas autoridades competentes ou pelas ECL de situações de infracção relativamente ao cumprimento de legislação ambiental por parte da organização em causa ou, ainda, se a organização candidata não tiver procedido à liquidação da taxa devida. Ocorrendo a recusa de pedido de registo no EMAS, a organização candidata pode solicitar novo pedido de registo, desde que haja resolvido as questões que sustentaram a recusa inicial.

⁵⁸ A suspensão apenas se aplica a organizações que se encontrem já registadas no EMAS. Entre outras situações, pode ser determinada, após audiência dos interessados, sempre que a organização não apresente as actualizações da DA validadas anualmente, não proceda à liquidação da taxa anual, não proceda ao pedido de renovação nos prazos estabelecidos, se a APA receber um relatório de supervisão do organismo nacional de acreditação que demonstre que o verificador não executou as suas actividades de forma a assegurar o cumprimento do disposto no REMAS II ou, ainda, se ocorrerem incumprimentos no decorrer do ano que sejam detectados pelo verificador no âmbito das auditorias de acompanhamento ou, ainda, pelas autoridades competentes ou ECL. Uma vez determinada a suspensão, ela apenas pode ser levantada quando a organização evidenciar perante a APA que dirimiu as questões que levaram à abertura do procedimento de suspensão e à efectivação desta, bem como evidenciar a eventual implementação de medidas preventivas. Durante o período de suspensão, a organização não pode utilizar o logótipo nem a bandeira EMAS.

cancelamento⁵⁹, todos eles actos administrativos.

1.3. O REC e o EMAS no paradigma da Administração infra-estrutural

O REC e o EMAS configuram duas das mais representativas manifestações de um novo âmbito que se abre à intervenção da actividade administrativa e que, no entendimento de VASCO PEREIRA DA SILVA, se enquadra no conceito de “*administração infra - estrutural*” característica de um denominado “*Estado Pós-Social*”⁶⁰.

É hoje “...*impossível negar a emergência de novos paradigmas, como o da administração infra – estrutural (em que a regulação e o planeamento substituem a intervenção directa do Estado na vida social), bem como o regresso a velhos instrumentos liberais...*”⁶¹ de que é exemplo o exercício de funções materialmente públicas por entes privados.

Assume igualmente aqui relevância, no domínio das novas e engenhosas formas de repartição de tarefas entre o Estado - administração e os particulares, a privatização ou, o que é exactamente o mesmo, saber-se quando e de que modo podem os particulares assumir tarefas públicas, substituindo-se à Administração⁶².

⁵⁹ O cancelamento pressupõe a retirada definitiva de uma organização do registo EMAS e a consequente perda do número de registo, podendo ocorrer em situações de inexistência da estrutura da organização registada, de manifestação de vontade da própria organização no sentido de não querer continuar registada no EMAS ou, ainda, se a organização em causa, tendo o seu registo suspenso e findo o prazo que lhe haja sido concedido no âmbito da audiência dos interessados, não deu resposta ou não resolveu as questões que levaram à suspensão do registo. Sempre que a APA se decida pelo cancelamento do registo, deve comunicar tal decisão à organização visada e à Comissão Europeia, devendo ser promovida a actualização na base de dados do sítio da APA e da Comissão Europeia.

⁶⁰ Cfr. Vasco Pereira da Silva, *Em busca do Acto Administrativo Perdido*, Colecção Teses, Edições Almedina, Fevereiro, 2003, pp.122 e ss... Este autor sinaliza a diversidade de qualificações existentes na tradução deste novo modelo de administração pública material. Assim, refere a administração “*prospectiva*” de Jean Rivero, a “*pré-figurativa*” de Nigro, a “*planificadora*” de Von Muench, a de “*carácter constitutivo ou planificador*” de Brohm, a «*moderna Administração social constitutiva*» de Carl Schmitt Glaeser e a “*infra-estrutural*” de Heiko Faber, expressão última esta pela qual o autor opta ao longo da sua obra.

⁶¹ Cfr. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos; *Direito Administrativo Geral, Tomo I, Introdução e princípios fundamentais*, Segunda Edição, 2006, p.106.

⁶² Isto pressuporá a definição do que se deva entender por núcleo de tarefas públicas o que, em nosso entender, constitui um difícil desafio colocado ao legislador, uma vez que o obriga a intuir,

Por outro lado, a Administração é agora uma «*administração de cooperação*»⁶³ ou «*administração concertada*»⁶⁴ que opta por “negociar” (aos três “e” que já conhecíamos da eficácia, economia e eficiência juntam-se agora os três “c” da cooperação, coordenação e concertação de todos os interesses co-envolvidos)” antes de decidir. Aos mecanismos autoritários normalmente associados a prática de actos administrativos sucede agora um modo de *agere* que incita os particulares a um maior acompanhamento dos procedimentos e, a final, a consensualizar o mais possível a decisão a tomar. O direito administrativo deixa de ser encarado numa vertente estritamente defensiva do cidadão perante as actuações de autoridade da Administração porque, afinal, o cidadão é também parte da decisão. O direito administrativo do Estado Pós-Social, ao integrar nos processos de tomada de decisão a voz dos particulares faz dessa mesma decisão a melhor “arma” da administração contra esses mesmos particulares. Na verdade, o particular é, não só o visado com a decisão como, simultaneamente, uma importante parte activa e decisiva na condução do procedimento que a ela levou.

As novas tarefas de conformação social e de garantia do futuro da ordem social impõe uma lógica diferente de entender o direito administrativo. Ele não é mais um «*direito de colisão*» entre os interesses públicos e particulares, antes reclama ser compreendido como um «*direito de distribuição*» de interesses privados sob mediação dos poderes públicos. De tal sorte que “... ao lado da Administração que decide surge a Administração que medeia e que exige um direito que seja adequado à

ponderadamente, quais os limites exactos dessa possibilidade de privatização, para lá dos quais o próprio interesse público poderá correr risco.

⁶³ Schmidt-Assmann fala em *Kooperative Verwaltung*, relativamente à qual se reduz o papel do direito hierárquico em favor da do direito convencionado. Acrescenta ainda que essa administração renovada lança crescentemente mão da forma contratual de agir e das empresas de capitais mistos, provocando modificações estruturais do Direito administrativo com aumento simultâneo de importância dos direitos procedimental e organizatório. Cfr. *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee – Grundlagen und Aufgaben der Verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Berlin/Heidelberg, Springer, 1998, pp.26-27; Sommermann, Karl Peter, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, cit., p.463 e 472 e ss., apud. Sérvulo Correia, *Acto administrativo e âmbito da jurisdição administrativa*, in Estudos em Homenagem do Prof. Rogério Erhardt Soares, AAVV, Coimbra Editora, Coimbra, 2001; pp.1155-1187.

⁶⁴ Referindo-se às propostas de *Eberhard Schmidt Aßmann* quanto à «*administração cooperante*» e de «*Barbosa de Melo*» quanto à *administração concertada*; ver Pedro Machete, in *Estado de Direito Democrático e Administração Paritária*, Colecção Teses, Edições Almedina, Maio, 2007, p.48.

mesma”⁶⁵.

Deste modo e numa viagem rápida pela historia, partimos de um Estado que começa por ser liberal (*a ideia do Estado mínimo ou “Estado policial”*), marcado que era por uma administração agressiva dos direitos dos particulares⁶⁶, passando depois a social (*ideia de “Estado Social”*⁶⁷) pontuado que era por uma administração predominantemente actuante como administração prestadora, colocada que estava ao serviço das necessidades dos particulares e que, por volta da década de 70 do século passado, se ousa repensar e transmutar de forma radical em administração infra – estrutural, cujas marcas mais significativas encontram eco nas novas modalidades de acção administrativa, paralelas às formas de actuação tradicionais, de carácter muito heterogéneo (*públicas, privadas, negociais e unilaterais*), doutrinariamente designadas por actuações administrativas informais. Na realidade, a moderna administração de infra-estruturas coloca a tónica na substituição de métodos impositivos por «estratégias de negociação, pelo trabalho conjunto de todos os intervenientes»⁶⁸, dando origem ao Estado cooperador e informal de que nos fala BAUER⁶⁹.

Para lá das actuações administrativas informais e dos «*contactos informais prévios destinados a aplainar o terreno para as decisões formais*»⁷⁰, temos o crescente e não menos importante fenómeno de europeização do direito público em geral e, do direito administrativo em especial. Quanto a este ponto e se é verdade que não há hoje em dia uma codificação ou recompilação de um *ius commune* administrativo europeu, como aliás ocorrera já na Idade Média com as recompilações e as sumas, é ainda assim legitimamente possível divisar, no seio dos ordenamentos jurídico-administrativos dos diversos Estados-Membros da União Europeia, um conjunto de

⁶⁵ Cfr. Pedro Machete, *Estado...*, ob. cit., referindo-se à construção avançada por Eberhard Schmidt Aßmann; p.51.

⁶⁶ Cfr. Vasco Pereira da Silva, *Em busca do Acto...* ob. cit., pp.43 e ss.

⁶⁷ Cfr. Vasco Pereira da Silva, *Em busca do Acto...* ob. cit., pp.71 e ss.

⁶⁸ Cfr. Vasco Pereira da Silva, *Em busca do Acto...* ob. cit., p.139.

⁶⁹ Cfr. Vasco Pereira da Silva, *Em busca do Acto...* ob. cit., p.139, referindo-se a H. Bauer, «Verwaltungslehre im U. R. und R. als E. einer z. V.» in *Die Verwaltung – Z. fuer V.*, p.305.

⁷⁰ Cfr. Pedro Machete, *Estado de Direito...* ob. cit., p.50.

regras e princípios comuns a todos eles e cuja vocação principal é, precisamente, a de disciplinar e uniformizar sua actuação⁷¹.

Por conseguinte, é hoje incontestável a influência decisiva que o Direito Comunitário exerce sobre os direitos administrativos dos diversos Estados-Membros assumindo-se, por essa via, como um importante veículo de formação de um Direito Administrativo Europeu comum, cuja principal nota tem sido a de contribuir para a homogeneização dos diferentes quadros normativos dos Estados Membros.

Ora se a administração é hoje «cooperante», «incitadora», «informal» no seu modo de actuação, a decisão final que intuitivamente associamos à prática autoritária do acto administrativo perde importância, sendo remetida para um singelo papel no âmbito da relação jurídica de que ele, a final, emerge e em que o procedimento assume, igualmente, uma dimensão crítica.

É por tudo isto que entendemos que o REC e o EMAS consubstanciam dois dos melhores clientes do “*prêt-à-porter*” de que fala VASCO PEREIRA DA SILVA. Um autêntico “*viveiro infra-estrutural*” ou, se se preferir, um apelativo e intrigante produto “exótico” fruto da moderna e prospectiva administração.

Está lá tudo. É um genuíno “*retrato de família*” contendo, muito provavelmente, os mais significativos modos de *agere* administrativo que pontificam na «moderna Administração social constitutiva» a que alude CARL SCHMITT GLAESER⁷².

No caso do REC, acompanhamos pois o que nos ensina VASCO PEREIRA DA SILVA quando refere que o mesmo é “...um bom exemplo, quer da possibilidade de estabelecimento de lógicas combinatórias múltiplas entre distintas formas de actuação no quadro de relações jurídicas de natureza duradoura, quer do surgimento de novas formas de actuação (daí resultantes)”⁷³.

⁷¹ Cfr. Marcos Almeida Cerrada, *La construcción del Derecho Administrativo Europeo*, in *Scientia Iuridica*, Tomo LVII, 2008, n.º314; p.319.

⁷² Cfr. Vasco Pereira da Silva, *Em busca do Acto...* ob. cit., p.127.

⁷³ Cfr. Vasco Pereira da Silva – *Verde Cor...* ob. cit., p.175.

Já quanto ao EMAS, acompanhamos o que nos ensina QUINTANA LÓPEZ⁷⁴ quando refere que o EMAS “...*integra os denominados mecanismos de mercado, implicando a utilização de meios informais e consensualizados de actuação administrativa*”. Prossegue o mesmo autor dizendo que “...*a participação no sistema de ecogestão e auditoria compreende dois momentos bem diferenciados: o da actuação da entidade económica privada aderente, que se submete a um conjunto de condições de organização e de funcionamento, assim como se compromete a melhorar a sua gestão ambiental; e o da actividade administrativa de informação, de promoção, e de controlo da efectiva adequação das empresas a tal sistema*”. Conclui por fim o autor que todas essas “...*actuações convergentes, dos privados e das autoridades administrativas...*” têm “...*como objectivo conseguir «um sistema de gestão ambiental, integrado no sistema geral de gestão, e que possa ter consequências [efectivas] na estrutura organizativa, nas responsabilidades, nas práticas, nos procedimentos e nos recursos» das entidades económicas, no quadro da realização das políticas públicas de ambiente.*”

Lançado o mote diríamos pois, em primeiro lugar, que tanto o REC como o EMAS se inserem no quadro de relações jurídicas multilaterais⁷⁵ co-envolvendo a um só tempo, de modo procedimentalmente disciplinado, a administração de um determinado Estado-Membro, os interessados directos (*entenda-se aqui organizações no caso do EMAS*), os interessados indirectos (*o comum cidadão que obviamente beneficia, em qualquer um dos casos, da possibilidade de exercício de opção devidamente esclarecida por produtos e organizações ambientalmente*

⁷⁴ Tomás Quintana López “*El Sistema Comunitario de Ecoauditoria. Aproximación a su Puesta en Funcionamiento*», in Sosa Wagner (coord.), «*El Derecho Administrativo en el Umbral del Siglo XXI – Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*», cit, tomo III, pp.3501 e seguintes, *apud.*, Vasco Pereira da Silva – *Verde Cor...* ob. cit., p.225.

⁷⁵ Associando a estas relações jurídicas multilaterais a prática de actos administrativos com eficácia múltipla (ou de “eficácia em relação a terceiros”), Vasco Pereira da Silva, “*O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise – Ensaio sobre as acções no novo processo administrativo*”, Edições Almedina, Novembro, 2005, p.307.

Ainda o mesmo autor refere que a “...*relação jurídica multilateral constitui assim a modalidade de relação jurídica, típica da Administração de infra-estruturas, adequada para explicar os vínculos jurídicos que se estabelecem entre todos os intervenientes das complexas relações administrativas modernas*”; Cfr. Vasco Pereira da Silva, *Em busca do Acto...* ob. cit., p.137.

amigas), e as demais empresas e organizações actuates no vasto mercado europeu.

É essa multiplicidade de interesses conflitantes que torna os procedimentos aparentemente bilaterais em que tais actos são prolatados em procedimentos multilaterais e nos quais, a final, todos somos interessados.

Em segundo lugar, tanto o REC como o EMAS desenvolvem uma importante função de sinalização informativa⁷⁶ junto da comunidade (*consumidores em especial*) no sentido de municiar de forma mais robusta todos os cidadãos na tarefa de uma escolha livre e esclarecida num mercado cada vez mais competitivo e nem sempre transparente na forma como se relaciona, em especial com o consumidor e, em geral, com os demais agentes económicos. A este propósito veja-se, no caso do REC, o que dispõe o artigo 10.º do RARE, ao prever que os Estados-Membros e a Comissão, em cooperação com o CREUE, promovam a utilização do REC, através de campanhas de sensibilização e de informação junto dos consumidores, produtores e comerciantes, apoiando por esta via o desenvolvimento do sistema.

Ou, no caso do REMAS II, o que dispõe o n.º1 do artigo 12.º quando aí se refere que os Estados-Membros devem, sempre que tal se mostre adequado, em colaboração com as organizações empresariais, as associações de defesa do consumidor, as

⁷⁶ Como refere Blanca Lozano Cutanda, no sistema de registo EMAS, “a informação e a interacção com o público resultam fundamentais para a eficácia do sistema, uma vez que a divulgação ao público das “informações verdes” de uma organização e a sua abertura aos interesses sociais em matéria ambiental, permitirá que essa organização ocupe uma posição ou outra no mercado, ou que dele seja mesmo excluída se a consciência ecológica dos consumidores e dos outros agentes presentes no mercado (distribuidores, seguradoras) para aí apontar. Os grupos ecologistas e os agentes económicos e sociais pressionam directamente as empresas para que melhorem os seus comportamentos ambientais sob a “ameaça” de que não o fazendo, sejam severamente sancionadas pelo mercado. Pressionam ainda os poderes públicos para que estes façam as empresas respeitar efectivamente as normas ambientais existentes e para que adoptem normas cada vez mais protectoras do meio ambiente”. Blanca Lozano Cutanda..., ob. cit. p.471. Ainda a mesma autora, referindo-se agora ao REC e ao regulamento comunitário em que o respectivo sistema de atribuição se corporiza, afirma que “...como novidade introduzida pelo novo regulamento, deve proporcionar-se informação, sob a forma de descrição sucinta, clara e inteligível, sobre os motivos da concessão da etiqueta ecológica, facto que deve, pelo menos, sinalizar um (e não mais de três) efeitos ambientais: a) reduzida contaminação atmosférica, b) eficiência energética c) toxicidade reduzida. Com esta previsão, que não existia no regulamento anterior, pretende-se, como aliás bem se assinala nos considerandos do novo regulamento, proporcionar mais informação na etiqueta, atinente às razões que suportaram a sua concessão àquele concreto produto ou serviço, com o objectivo último de ajudar os consumidores a entender o significado dessa mesma concessão.”

organizações de protecção do ambiente, os sindicatos e as instituições locais, utilizar, nomeadamente, publicações profissionais, gazetas locais, campanhas de promoção ou quaisquer outros meios adequados para promover uma sensibilização generalizada do EMAS⁷⁷.

Compreende-se, no entanto, “...que a pretensão de orientar comportamentos não tem de resultar de uma exortação explícita no sentido de o destinatário com ela se conformar: o simples facto de a Administração certificar a qualidade de um produto ou as suas qualidades ecológicas (v.g., etiqueta ambiental) constitui uma informação sobre as respectivas características que, simultaneamente, estimula os destinatários à sua aquisição preferencial”⁷⁸.

Com relativa segurança, podemos afirmar que as relações jurídicas duradouras que caracterizam o REC e o EMAS se suportam, essencialmente, em “...actividade informativa orientadora ou conformadora de comportamentos dos cidadãos...”, em que por via da certificação de um produto ou de uma organização como sendo ambientalmente amiga, se pretende, explícita ou implicitamente, estimular ou fomentar “...a adopção de condutas definidas e concretas pelos destinatários – no sentido da aquisição...”, preferencial acrescentamos nós “...ou do consumo de um determinado produto...ou da adopção de um dado comportamento”⁷⁹.

Em terceiro lugar tanto o REC como o EMAS apresentam-se como instrumentos de gestão ambiental de natureza voluntária, razão pela qual a eles apenas se submetem, respectivamente, os produtos/serviços e as organizações que procurem e pretendam o reconhecimento da excelência ambiental que, refira-se, no caso do REC, se faz precisamente por comparação com outros «produtos do

⁷⁷ Esta nova abordagem no tratamento de questões que, pela sua natureza e pluridimensionalidade, são eminentemente globais (*como é o caso do ambiente*) leva-nos à exacta percepção de que a sociedade em que vivemos é também ela uma sociedade de informação em que esta última, de tão preciosa, se torna decisivamente no elemento mais relevante dos diversos procedimentos desenvolvidos no domínio ambiental.

⁷⁸ Cfr. Pedro Gonçalves, *Advertências da Administração Pública*, in Estudos em Homenagem do Prof. Rogério Erhardt Soares, AAVV, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p.727.

⁷⁹ Cfr. Pedro Gonçalves - *Advertências da...*; ob. cit. p.725.

mesmo grupo». Não estamos pois perante uma modalidade de administração exclusivamente autoritária que imponha, numa lógica *top-down*, a sujeição de todos os produtos e de todas as organizações ao crivo da excelência ambiental, antes sim perante um «convite» ou «incitamento» a todos os produtos ou organizações que queiram aceder a esse «patamar ambientalmente elevado». Temos, por conseguinte, um Estado que não ordena, antes orienta⁸⁰, incentiva, incita os cidadãos e as empresas a adoptar comportamentos (État incitateur, na expressão de CHARLES ALBERT MORAND), impulsiona, promove a adopção de condutas (État propulsif, na expressão de JACQUES CHEVALIER) tem iniciativa e é, simultaneamente, fonte de inspiração (Aktivierender Staat, na expressão de KLAUS KÖNIG ou Activist state na expressão de DONALD ELLIOTT)⁸¹.

Na vertente do Estado incitador, temos como ilustrativos exemplos os incentivos em matéria de elegibilidade de despesas, válidos aliás quer para o REC quer para o EMAS. No caso do REMAS II, salienta-se a importância conferida a essa vertente incitativa no artigo 11.º ao ditar-se aí que os Estados-Membros devem promover a participação das organizações no EMAS (*em especial as PME*) facilitando-lhes o acesso à informação, aos fundos de apoio e às instituições públicas, instituindo ou promovendo medidas de assistência técnica e assegurando que as despesas de registo sejam suficientemente atractivas para garantir uma maior participação das organizações interessadas.

Na dimensão propulsiva suscita interesse a questão da informação e da sua importância na criação de uma vontade livre e esclarecida por parte dos consumidores e demais organizações actuaes no mercado. Deste modo quer o REC quer o EMAS assentam os seus pilares numa estruturada e apelativa técnica de convencimento, quer dos que a ele se sujeitam em busca da excelência

⁸⁰ A ideia de Estado orientador (Steuerungsstaat) deve-se a Kaufmann (Franz-Xaver), *Diskurse über Staatsaufgaben*, in *Staatsaufgaben* (herausg). Dieter Grimm, Baden-Baden, Suhrkamp, 1996, p.18 e 19, apud. Sérvulo Correia, *Acto administrativo e âmbito da jurisdição administrativa*, in *Estudos em Homenagem do Prof. Rogério Erhardt Soares*, AAVV, Coimbra Editora, Coimbra, 2001; pp.1155-1187.

⁸¹ Cfr. *apud*, Maria da Glória Garcia, *Direito das Políticas Públicas*, Edições Almedina, Março, 2009, pp-168-169.

ambiental para os seus produtos/serviços ou para as suas organizações de acordo com uma mais eficiente utilização de recursos, quer de todos aqueles consumidores que tendo que tomar uma opção de entre um alargado cabaz, o fazem escolhendo produtos/serviços ou organizações que, por serem ambientalmente menos agressivos, contribuem para um elevado nível de protecção do ambiente.

Em quarto lugar, a existência de um acto “*refém*” de um contrato é também um aspecto peculiar no procedimento de atribuição do REC, sinalizando as tais lógicas combinatórias de que nos fala VASCO PEREIRA DA SILVA. O contrato firma e corporiza o compromisso do beneficiário da autorização de utilização do REC quanto ao escrupuloso cumprimento das premissas que ditaram a sua concessão. Ora este é um aspecto decisivo e definitivamente *sui generis* do procedimento de atribuição do REC, uma vez que confere verdadeira plasticidade legal num domínio (ambiente) onde a incerteza é “*rainha*”, injectando, por via do contrato, a possibilidade de monitorização e fiscalização pelas autoridades competentes das prerrogativas derivadas e justificativas da concessão do REC. Na realidade, ao organismo nacional competente não importa apenas atribuir a possibilidade de utilização do REC. Há que assegurar que os produtos que dele beneficiam mantêm efectivamente incólumes as características que ditaram a sua outorga.

Ora é esta combinação de um acto de autoridade com um contrato definidor de direitos e obrigações para ambas as partes que confere à relação jurídica que lhe subjaz essa marca de consenso e de cooperação pelo exacto tempo que ela durar, irradiando confiança, em especial, para os agentes económicos e à comunidade em geral.

É, aliás, a outorga do contrato que confere natureza duradoura à relação jurídica firmada entre o requerente e o organismo competente nacional. De tal sorte que o acto final que decide pela atribuição do REC apenas produz os seus efeitos se e na medida em que o beneficiário desse mesmo acto celebre o contrato com a DGAE. O procedimento não se esgota pois a um tempo com a atribuição do REC, estando

outrossim dependente da celebração de um contrato na sequência do qual ao «Estado incitador» se deverá seguir o «Estado vigilante», e sobre o qual se faz então impender não só obrigações de fiscalização e de manutenção das premissas que ditaram a sua outorga como também a obrigação de assegurar a todos os consumidores, de forma leal, transparente e fiável, a informação decisiva de que eles necessitem no exercício das suas escolhas. É essa orientação dos consumidores, com a disponibilização de informações simples, precisas, exactas e cientificamente comprovadas sobre os produtos em causa que justifica pois esta necessidade de permanente monitorização por parte das autoridades nacionais, no caso a DGAE.

Em quinto lugar, a natureza dos procedimentos em que o REC e o EMAS se desenvolvem.

Apesar das inúmeras especificidades que ambos os procedimentos apresentam, eles são ambos procedimentos administrativos internos geridos, como aliás já antes demonstrámos, por órgãos exclusivamente nacionais.

Em sexto lugar, a intervenção de entidades privadas no procedimento.

No caso do REMAS II, verifica-se que é o próprio regulamento comunitário que serve de parâmetro de validade material e formal no âmbito da verificação ambiental produzida por entidades privadas, estando estas, por sua vez, devidamente acreditadas pelo organismo nacional de acreditação para produzir essas mesmas verificações.

É pois um organismo nacional de acreditação (IPAC), criado pelo Estado, que tem como missão “acreditar” entidades privadas (*podem ser públicas desde que sejam independentes da organização candidata*) para, num determinado procedimento administrativo de natureza pública, desenvolver tarefas de verificação do

cumprimento, por organizações privadas (*podem ser organizações públicas*), de normas de natureza comunitária (*normas contidas no REMAS II*).

Também aqui a Comissão Europeia joga um papel decisivo, uma vez que lhe cabe garantir a qualidade e a uniformização da actuação desenvolvida pelos verificadores ambientais, evitando incoerências entre o Anexo V do REMAS II (*relativo à acreditação, supervisão e função dos verificadores ambientais*) e os critérios, condições e procedimentos aplicados pelos diversos organismos nacionais de acreditação, incumbidos que estão estes últimos de supervisionar e de acreditar as entidades que, respectivamente, exerçam já funções de verificação ambiental ou que pretendam vir a fazê-lo.

Importante é ainda a possibilidade dos diferentes organismos nacionais de acreditação dos diversos Estados-Membros poderem constituir um fórum que permita municiar a Comissão na aludida tarefa de uniformização de procedimentos, evidenciando aqui uma inegável lógica *bottom-up* por via da qual os organismos nacionais condicionam decisivamente a normação produzida pelas instâncias comunitárias, quer por via desses fóruns quer por via dos Comitês.

Em sétimo e último lugar, e comum ao REC e ao EMAS, temos o facto do procedimento que se desenvolve em ambos não deixar de estar nas mãos do Estado, na medida em que a decisão final é sempre tomada por uma entidade pública.

No entanto, no caso do EMAS, com uma pequena particularidade, traduzida numa situação de privatização parcial do procedimento⁸² (*verfahrensprivatisierung*). Na realidade, há uma fase do procedimento da responsabilidade dos privados (*no caso dos verificadores ambientais*), retornando depois aquele à entidade pública para a tomada de decisão final.

⁸² Cfr. Suzana Tavares da Silva, *Actuações Urbanísticas Informais e “Medidas de Diversão em matéria de Urbanismo”*, in «CEDOUA – Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente»; n.º5, Ano III, 1.00, pp. 55-70.

Sobre a importância que os verificadores ambientais desempenham no procedimento de registo EMAS, refira-se apenas que sem a sua validação da DA face aos critérios contidos no REMAS II, não haverá possibilidade de ocorrer o respectivo registo (artigo 6.º do REMAS II).

Na realidade, ao impor que o requerimento entregue pela organização candidata ao organismo competente (no caso português na APA), seja instruído com cópia da DA validada por um verificador ambiental de acordo com os elementos mínimos previstos no ponto 3.2. do Anexo III, o REMAS II sinaliza a decisiva importância que esse mesmo elemento assume no desfecho do procedimento administrativo em causa.

Mas falar do REC e do EMAS no quadro da administração infra-estrutural é decisivamente muito mais do que já vai sinalizado. Deste modo e cientes das limitações de uma investigação desta natureza, optamos, conscientes de que este é o melhor caminho, por eleger, de entre as fascinantes e enigmáticas questões que fomos identificando, três âmbitos de reflexão que nos parecem representar o que de mais interessante caracteriza as duas referidas figuras.

Por um lado, a dimensão informativa que é, no nosso entender, a mais significativa tentativa de resposta no quadro da União Europeia à sociedade de risco de que nos fala ULRICH BECK⁸³.

Um segundo domínio que nos entusiasma e a que já antes fizemos uma breve alusão, é o que se relaciona com o novo modelo de organização europeia e, em especial, o papel que as várias entidades, nacionais e comunitárias, ocupam nesse inovador esquema *multilevel*. Procuraremos aqui perceber de que modo o REC e o EMAS podem ser enquadrados nesse novo modelo de administração.

⁸³ Cfr. Ulrich Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, ed. Suhrkamp, sv 1986, n.º365.

Finalmente, traçaremos algumas notas relativas a uma proposta de qualificação jus – administrativa do REC e do registo EMAS, tentando explicitar, em especial, qual a sua eventual posição ante a categoria dogmática dos actos administrativos e da actividade informal da Administração.

2. A SOCIEDADE DE RISCO (*Risikogesellschaft*)

2.1. A informação como dimensão positiva dos procedimentos de atribuição do REC e do registo EMAS

Nunca como agora as palavras de ULRICH BECK gozaram de tanta actualidade. Dizia então o conceituado autor que a “...*força que impulsiona a sociedade industrial de classes pode resumir-se numa só frase: Tenho fome! Pelo contrário, o impulso motor da sociedade de risco reflectir-se-ia melhor nesta outra frase: “Tenho medo!”*”⁸⁴

E é isto que afinal hoje sucede, a um ritmo que ninguém ousa controlar. O Estado vive permanentemente envolto na incerteza. “...*Os exércitos são agora de cientistas, a arma é a perda de densidade da lei, o general encarna o poder executivo. O inimigo: a incerteza*”⁸⁵.

Neste contexto, a decisão administrativa é tomada num quadro de incerteza cognoscitiva⁸⁶, pautado pela enorme imprevisibilidade do progresso tecnológico e científico. Os domínios da acção do homem encerram consequências absolutamente imprevisíveis, subtraídas que estão aos domínios do conhecimento.

⁸⁴ *La irresponsabilidad organizada*, http://www.ccoo.es/arcadia/01_bec.html, p.5, cit. João Loureiro – *Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência*, in Estudos em Homenagem do Prof. Rogério Erhardt Soares, AAVV, Coimbra Editora, Coimbra, 2001; p.803.

⁸⁵ Cfr. Carla Amado Gomes, *Estado social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes*, in *Scientia Iuridica*, Tomo LVII, 2008, n.º314.

⁸⁶ Cfr. Schmidt-Aßman, *Recenti Sviluppi del Diritto Amministrativo Generale in Germania*, in *Diritto Pubblico*, 1997, p.32.

Por outro lado, a incerteza tecnológica e ambiental, aliada à complexificação das actividades humanas leva autores como CANOTILHO GOMES⁸⁷ a considerar a imprescindibilidade de tais elementos para a compreensão e caracterização da sociedade de risco.

Ao Estado em geral e à comunidade em especial cabe essa tarefa hercúlea de decidir, incorporando nessa decisão as variáveis de incerteza que não controla. A integração da incerteza nos processos decisoriais em domínios de elevada complexidade e imprevisibilidade, como sucede com o direito do ambiente, força o Estado a adopção de comportamentos de minimização e de atenuação⁸⁸ do risco em que a ignorância do futuro é elemento integrativo incontornável. Por outro lado, assiste-se a uma crescente incapacidade dos tradicionais processos de causalidade⁸⁹ em fornecer respostas adequadas, assentes que se encontram aqueles em premissas de clareza, estabilidade, previsibilidade e certeza.

Ora é nesta emergente *new social order* que instrumentos como o REC e o EMAS desenvolvem e concretizam todos o seu potencial informativo. É que a sua incontestável vocação para a sinalização da excelência ambiental de produtos/serviços e organizações existe na medida da sua capacidade para orientar e conformar as opções de cada um de nós e, nessa medida, eles são também, em nosso entender, instrumentos da sociedade de informação perfeitamente aptos para atenuar os malefícios da sociedade de risco.

Deste modo, o REC e o EMAS desempenham na sociedade de risco um papel decisivo na formação e sedimentação de uma cultura de cidadania ambientalmente responsável, para o que concorre, em nosso entender de forma contundente, toda a dimensão informativa associada a ambos os procedimentos.

⁸⁷ Cfr. J.J. Gomes Canotilho *Privatismo, Associativismo e Publicismo na Justiça Administrativa do Ambiente*, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 123.º, n.º3857, p.232.

⁸⁸ J.J. Gomes Canotilho refere a este propósito a existência de um paradoxo de decisão, traduzido na incontornável necessidade de decidir o que não é passível de decisão. Cfr. J.J. Gomes Canotilho, *Privatismo...*, ob. cit.; p.232.

⁸⁹ Cfr. Shmidt-Aßman - *Recenti Sviluppi del...*, ob. cit.; p.33.

Ao prosseguir funções de esclarecimento e de aconselhamento pelas opções de produtos/serviços e organizações ambientalmente menos agressivas, o REC e o EMAS minimizam, de forma significativa, o “medo” de que nos fala BECK. O medo de escolher mal ou, pelo menos, de não fazer a escolha ambientalmente mais “amiga”, considerando a necessidade de garantir um elevado nível de protecção e, por essa via, inevitavelmente, a sobrevivência das gerações futuras.

Ora é precisamente nesse objectivo de minimização dos riscos de uma escolha ambientalmente indesejada que ganha lugar de destaque a informação como modo de efectivação do princípio da prevenção.

Veja-se aliás o que a este propósito dispõe o próprio texto constitucional quando se refere à necessidade de promover a educação ambiental e o respeito pelos valores do ambiente⁹⁰. Nesta medida, o papel globalmente assumido pelo REC e pelo EMAS e, em particular, toda a dimensão informativa a eles associada concorre para a garantia de uma efectiva e eficaz educação ambiental⁹¹, quer por via das campanhas de informação e de sensibilização que o REC e o EMAS desencadeiam junto das entidades nacionais e comunitárias competentes, quer porque eles próprios corporizam e desenvolvem, respectivamente, através da simbólica margarida e da bandeira EMAS, um efeito psicológico de sedução sobre o consumidor, apelando a escolhas de excelência ambiental.

Para a consecução de tais objectivos concorre decisivamente a publicação da atribuição do rótulo ecológico no sítio *web* do *eco-label* por parte da Comissão Europeia e no sítio da APA. No caso do EMAS, a APA, após a atribuição do registo, actualiza a base de dados das organizações registadas e assegura a sua divulgação, designadamente no seu *sítio* da Internet. Por outro lado, e sempre que a APA se decida pelo cancelamento do registo deve comunicar tal decisão à organização

⁹⁰ Art.66.º, n.º2, alínea g).

⁹¹ J.J. Gomes Canotilho chama a atenção em *“Democracia e Ambiente: em torno da formação da “Consciência ambiental” para o perigo de um ministério do ambiente “...se transformar em ministério dos cultos e religiões ambientais...”*, in «CEDOUA – Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente, n.º1/98, p.94.

visada e à Comissão Europeia, devendo ser promovida a actualização na base de dados do sítio da APA e da Comissão Europeia.

Já o REC se constitui, para lá de um precioso e poderoso elemento de diferenciação para as empresas (*criando vantagens comparativas num mercado cada vez mais atento e exigente quanto às questões ambientais*), um importante factor de competitividade capaz de promover a inovação e o desenvolvimento tecnológico, em sintonia com as dimensões da sustentabilidade e responsabilidade social. Por tudo isto, os produtos aos quais haja sido concedido o REC tornam-se, não apenas facilmente identificáveis pelos muitos milhões⁹² de consumidores europeus através do logótipo (a margarida) como, simultaneamente, conferem a esses muitos milhões a garantia de que se encontram a fazer a “*melhor escolha*”.

Lembremos o que a respeito da dimensão informativa dispõe o próprio RARE no seu artigo 10.º, ao incumbir os Estados-Membros e a Comissão, em cooperação com os membros do CREUE, de promover a utilização do REC através de campanhas de sensibilização e de informação junto dos consumidores, produtores, comerciantes, retalhistas e do grande público, apoiando por essa via o desenvolvimento do próprio SCARE.

Diríamos pois que é toda a dimensão informativa, existente no âmbito dos procedimentos de atribuição do REC e de registo EMAS, que confere a esses dois instrumentos voluntários de gestão ambiental um privilegiado e estimulante papel na orientação e conformação de comportamentos ambientalmente responsáveis por parte de cidadãos e empresas, concretizando por essa via um elevado nível de

⁹² Como refere Blanca Lozano Cutanda, “...a existência de uma etiqueta ecológica comum, cujo logótipo pode ser reconhecido por mais de 450 milhões de consumidores, potencia o poder de incentivo ambiental deste instrumento, incrementando a sua eficácia económica e o âmbito de difusão da informação sobre as repercussões ecológicas dos produtos. Para além disso, a existência de uma ecoetiqueta comum a todos os Estados-Membros coadjuva nas tarefas de uniformização e de homologação desenvolvidas no âmbito do mercado único, funcionando como um requisito necessário para a garantia da livre competência...” Prossegue depois a mesma autora referindo que, não obstante essa vocação mais abrangente do sistema de etiquetagem ecológica europeu, “...se deve o mesmo coordenar com outros sistemas comunitários de etiquetagem ou de certificação de qualidade ambiental específicos e, bem assim, com os sistemas de etiquetagem privados.”; Blanca Lozano...; ob. cit. p.480.

protecção do ambiente e atenuando, pela confiança que induzem nos consumidores, o risco de uma má escolha.

2.2. O REC e o EMAS à luz do novo modelo de administração *multilevel* – em especial, a dimensão informativa como fonte de minimização do risco

Como já tivemos oportunidade de demonstrar, não restam hoje quaisquer dúvidas da crescente globalização do risco, em particular no domínio ambiental de que aqui nos ocupamos.

No que ao caso importa à presente investigação, iremos nesta fase do nosso trabalho dar a conhecer um pouco melhor o novo modelo em que procedimentos como o relativo à atribuição do REC ou ao registo EMAS se desenvolvem procurando apreender a sua importância no contexto da sociedade de risco.

Propomo-nos, sobretudo, demonstrar em que medida pode o novo modelo de administração policêntrica, no qual aliás pontuam maioritariamente os procedimentos de atribuição de REC ou de registo EMAS que nele se desenvolvem, dar uma resposta eficaz nos contextos de risco, quer orientando condutas e aprimorando opções ambientalmente adequadas, quer potenciando uma maior uniformização desses padrões comportamentais em todos os Estados-Membros.

Os procedimentos administrativos de atribuição do REC ou de registo EMAS remetem-nos, em primeira linha, para uma possível abordagem da administração pública nacional como administração comunitária.

Na realidade, em ambos os casos, as normas comunitárias em causa carecem de intervenção da administração dos diversos Estados-Membros para concretizarem os objectivos a que se propõe, mediante, entenda-se, o início dos procedimentos administrativos adequados por parte dos eventuais interessados.

Em certa medida, esta constatação é apenas a prova de que a execução da normação comunitária (*no caso em análise na nossa investigação REMAS II e RARE, mais as inúmeras decisões que fomos sinalizando, das quais se recupera aqui, pelo*

especial papel que desempenham as decisões que fixam os critérios ecológicos específicos por «grupos de produtos» no âmbito do procedimento de atribuição do REC) não pertence em exclusivo aos órgãos comunitários, antes se divisando um papel central em muitos domínios por parte da administração pública de cada um dos Estados-Membros que, por esta via, também actua como administração comunitária.

Neste contexto podemos divisar a execução administrativa do Direito Comunitário através de duas diferentes vias⁹³: *“i) a execução pode ser levada a cabo pelo aparelho administrativo da própria Comunidade Europeia⁹⁴, e neste caso fala-se então em execução directa; ii) ou, em alternativa, a execução pode ser indirecta⁹⁵, isto sempre que for efectuada pelas diversas estruturas integrantes da administração pública dos Estados-Membros, ocorrendo aqui uma espécie de desdobramento funcional que converte cada uma destas Administrações internas numa Administração indirecta comunitária – europeia”⁹⁶.*

Ora os casos relativos ao REC e ao EMAS assentam a sua coluna jurídica dorsal em regulamentos comunitários os quais vão sendo depois, em aspectos muito precisos, desenvolvidos e concretizados, quer por via de decisões quer por via de recomendações, ambas dimanadas da Comissão⁹⁷.

⁹³ Elio Caseta, *Manuale di Diritto Amministrativo*, pp.26 ss., Milano, 1999, apud., Paulo Otero – *Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003; p.470.

⁹⁴ Mário P. Chiti, *Diritto Amministrativo Europeo*, pp.211 ss., Milano, 1999, apud., Paulo Otero – *Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003; p.470.

⁹⁵ Mário P. Chiti, *Diritto Amministrativo Europeo*, p.196, Milano, 1999, apud., Paulo Otero – *Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003; p.470.

⁹⁶ L. Parejo Alfonso; T. Fernández del Castillo; A. Moreno Molina; A. Estella de Noriega, *Manual de Derecho Administrativo Comunitario*, p.146, Madrid, 2000, apud., Paulo Otero – *Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003; p.470.

⁹⁷ Vide os casos a que antes aludimos relativos à i) Recomendação da Comissão (2001/680/CE) de 7 de Setembro de 2001, relativa à definição de orientações para a aplicação do REMAS II; ii) Decisão da Comissão (2001/681/CE) de 7 de Setembro de 2001, relativa também à definição de orientações para a aplicação do REMAS II; iii) Recomendação da Comissão (2003/5327CE), de 10 de Julho de 2003, relativa à definição de orientações para a aplicação do REMAS II no que se relaciona com a selecção e utilização de indicadores de desempenho ambiental; iv) Decisão da Comissão

Dessa normaçõo resulta a necessidade do direito administrativo de cada um dos Estados – Membros se ajustar, paulatinamente, às exigências que aquela normaçõo encerra. Nos casos relativos aos regulamentos REC e EMAS, o legislador comunitário despoletou, à semelhança do que fizera já noutros domínios, uma clara ampliaçõo material das tarefas cometidas às administrações nacionais dos diversos Estados-Membros. Neste ponto não hesitamos pois em concordar com SABINO CASSESE quando afirma existir “...*nesta ampliaçõo material de tarefas uma modificação do próprio papel da Administração Pública nacional que, apesar de continuar estruturalmente do Estado, acaba por funcionalmente assumir uma natureza comunitária*”⁹⁸.

No entanto e para lá da ampliaçõo material de tarefas, a execuçõo indirecta⁹⁹ da normaçõo comunitária pela administraçõo pública dos diversos Estados-Membros conduz, ainda, à criaçõo formal de novas estruturas organizativas (*veja-se a atípica Comissão de Selecçõo*¹⁰⁰ *de atribuiçõo do REC ou o IPAC enquanto organismo nacional de acreditaçõo*).

Ou ainda a criaçõo, junto da Comissão Europeia, do Comité¹⁰¹ do Rótulo Ecológico da União Europeia (CREUE), em que cabe àquela, após consulta deste último, aprovar os critérios ecológicos que devem ser cumpridos para a atribuiçõo do REC¹⁰².

(2006/193/CE), de 1 de Março, por via da qual se estabelecem disposições relativas à utilizaçõo do logótipo EMAS nos casos excepcionais das embalagens de transporte e das embalagens terciárias.

⁹⁸ Sabino Cassese, *Diritto Amministrativo Comunitario e Diritti Amministrativi Nazionali*, in Mario P. Chiti/Guido Greco (org.) pp.10-11, Milano, 1997, apud. Paulo Otero – *Legalidade e Administraçõo Pública – O sentido da vinculaçõo administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003; p.474.

⁹⁹ “*As formas de execuçõo directa devem ser a excepçõo e, pelo contrário, a aplicaçõo do Direito Comunitário Europeu por parte das autoridades nacionais deve ser a regra...*”. Ver Eberhard Schmidt-Assmann, *La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema, Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2003, p.389.

¹⁰⁰ Veja-se o ponto n.º3.2. do Despacho n.º15512/2006, de 28 de Junho, exarado pelos Ministros do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional e da Economia e da Inovaçõo. Nesse ponto é formalmente instituída a Comissão de Selecçõo destinada a avaliar as candidaturas apresentadas e a decidir da atribuiçõo do REC.

¹⁰¹ Os comités apresentam-se como organismos compostos, actuando no âmbito da administraçõo directa europeia e tendo como função principal a criaçõo das condições adequadas no relacionamento entre a Comissão e o Conselho.

¹⁰² Ainda no domínio da criaçõo de novas estruturas organizativas, refira-se que também o REMAS II prevê no seu n.º1 do artigo 14.º que a Comissão seja assistida por um comité.

É também curioso notar que nesse mesmo comité (*que aliás funciona junto da Comissão*), previsto aliás no artigo 13.º do REMAS II, têm assento os organismos nacionais competentes de cada Estado-Membro (*no caso português a DGAE, entidade que como tivemos já antes tivemos oportunidade de referir, articula previamente toda a sua intervenção com a APA*), facto que revela especial importância, dadas as significativas funções de que se encontra incumbido genericamente o CREUE junto da Comissão, em especial, o papel que ele desempenha numa eventual decisão da Comissão quanto à necessidade de revisibilidade dos critérios. Ora este aspecto peculiar em que os Estados-Membros contribuem também eles, numa indiscutível lógica de *bottom-up*, para as decisões¹⁰³ tomadas pelas instâncias comunitárias é mais uma irradiação da ideia do “*fazer conjuntamente*”¹⁰⁴ que caracteriza o novo modelo de organização administrativa europeu.

Estas interacções que se estabelecem entre as administrações dos diversos Estados-Membros não só fazem intuir a redução dos âmbitos em que a administração comunitária (execução directa) e as administrações nacionais (execução indirecta) executam de forma independente e sem ingerências as normas comunitárias, como traz à luz do dia uma zona intermédia de execução conjunta do direito comunitário¹⁰⁵.

Para além da ideia de fazer conjuntamente, um outro efeito provocado pela execução indirecta da normação comunitária traduz-se na multiplicidade de relacionamentos institucionais. Sobre este ponto sempre poderíamos ilustrar com

¹⁰³ Em nosso entender, o fluxo decisional da Comissão Europeia é, neste particular domínio, fortemente impregnado pelos contributos que os diversos Estados-Membros desenvolvem, por via do assento que têm no CREUE.

¹⁰⁴ Cfr. Luís Filipe Colaço Antunes, “*O Direito Administrativo sem Estado, Crise ou fim de um paradigma?*” Coimbra Editora, Outubro, 2008, p.97.

¹⁰⁵ Entre outros, M.P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo* (nota 1), p.241 («esecuzione congiunta»); Edoardo Chiti y Giacinto della Cananea, «*L'attività amministrativa*», en Giacinto della Cananea (dir.), *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, 2006, p.89 (p.109: «esecuzione congiunta»); Schöndorf-Haubold, *Strukturfonds* (nota 42), pp.37 ss., 465 ss. («*Gemeinsame Verwaltung*»), apud., Oriol Mir Puigpelat, *La Codificación del procedimiento administrativo en la Unión Administrativa Europea*, in *La Unión administrativa europea*, coord. Francisco Velasco Caballero/Jens- Peter Schneider, 2008, Marcial Pons, pp.51-85.

as obrigações que impendem sobre a administração de cada um dos Estados-Membros relativamente à administração de um outro Estado-Membro ou mesmo relativamente às administrações de todos os outros Estados-Membros.

Vejamos dois pequenos exemplos: i) *no caso do REC, sempre que um pedido seja originário, na mesma forma, de vários Estados-Membros, pode ser apresentado a um organismo competente de um desses Estados-Membros, devendo aquele, no momento em que avalia o pedido, consultar os organismos competentes dos outros Estados-Membros em causa*¹⁰⁶; ii) *no caso do EMAS, e com vista a garantir a coerência dos procedimentos relacionados com o registo das organizações, incluindo o cancelamento ou a suspensão do registo, os organismos competentes de todos os Estados-Membros devem reunir, no mínimo, uma vez por ano, na presença de um representante da Comissão. Para lá desta obrigação que impende sobre todos os organismos competentes de todos os Estados-Membros, devem ainda aqueles instituir um processo de análise pelos pares, com vista ao desenvolvimento de uma interpretação comum da sua metodologia prática em matéria de registo*¹⁰⁷.

Para lá desta possibilidade podemos ainda equacionar o relacionamento directo e bilateral entre cada uma das Administrações dos Estados-Membros e a Comissão, podendo esta colaboração ser coordenada ou guiada pela Comissão, envolvendo, no entanto, dois tipos de vinculação¹⁰⁸: i) *as administrações dos Estados-Membros encontram-se vinculadas a comunicar, notificar ou informar a Comissão sobre certos factos relativos ao processo de execução do direito comunitário*; ii) *as administrações dos Estados-Membros encontram-se vinculadas a colaborar ou a cooperar directamente com a administração comunitária visando a efectivação da regulação comunitária, a salvaguarda de interesses gerais de todos os Estados, a defesa face a perigos comuns ou a satisfação de pretensões de particulares alicerçadas no direito comunitário*.

¹⁰⁶ Cfr. alínea b) do n.º3 do artigo 7.º do SCARE II.

¹⁰⁷ Cfr. n.º5 do artigo 5.º do REMAS II.

¹⁰⁸ L. Parejo Alfonso; T. Fernández del Castillo; A. Moreno Molina; A. Estella de Noriega, *Manual de Derecho Administrativo Comunitario*, p.160, Madrid, 2000, apud,. Paulo Otero – *Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003; p.478.

Ilustrando, poderíamos, respectivamente, divisar no âmbito do REMAS II, a obrigação que impende sobre os organismos competentes de comunicar mensalmente à Comissão, directamente ou através das autoridades nacionais, consoante decisão do Estado-Membro em causa, quaisquer alterações à lista das organizações registadas nesse mesmo Estado-Membro¹⁰⁹. Ou sinalizar, quanto ao segundo tipo de vinculação, e pensando agora no REC, a participação dos organismos competentes no seio do CREUE¹¹⁰ ou, ainda, a obrigação que impende sobre esses mesmos organismos de colaborar de modo a garantir a aplicação efectiva e coerente dos processos de avaliação e verificação¹¹¹.

Um outra dimensão onde se faz sentir os efeitos da execução indirecta da norma comunitária é o que respeita à actuação concorrencial de mecanismos de controlo, em rigor, no plano nacional o controlo político dos parlamentos nacionais e o controlo interno dos tribunais do Estado-Membro em causa e, ainda, em caso de execução descentralizada, o controlo intra - administrativo governamental (*normalmente por via dos órgãos de controlo interno*). A esses mecanismos de controlo se pode ainda adicionar o controlo pela Comissão Europeia e pelo Tribunal de Justiça¹¹².

Para além do REC e do registo EMAS se configurarem como dois bons exemplos de execução indirecta da norma comunitária, podemos ainda procurar outras vias de compreensão desses procedimentos no contexto da proposta avançada por ORIOL MIR PUIGPELAT¹¹³. A sistematização proposta por este autor aponta para vários mecanismos de interacção: i) *a interacção informativa*; ii) *a interacção organizativa*; iii) *a interacção procedimental*.

¹⁰⁹ Cfr. n.º2 do art.7.º do REMAS II.

¹¹⁰ Cfr. artigo 13.º do RARE.

¹¹¹ Cfr. n.º6, *in fine* do artigo 7.º do RARE.

¹¹² L. Parejo Alfonso; T. Fernández del Castillo; A. Moreno Molina; A. Estella de Noriega, *Manual de Derecho Administrativo Comunitario*, pp.166-171, Madrid, 2000, apud., Paulo Otero – *Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, p.482.

¹¹³ Oriol Mir Puigpelat - *La Codificación del procedimiento administrativo...* ob. cit., pp.51-85.

A interacção informativa ou cooperação¹¹⁴ informativa (EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN prefere a expressão *informationelle Kooperation*¹¹⁵), compreende todos aqueles casos em que as normas comunitárias contemplam uma troca não procedimentalizada de informação entre as distintas autoridades, ou seja, à margem de um procedimento decisório concreto e fora do órgão criado para a interacção administrativa. Em segundo lugar, ocorre interacção organizativa ou cooperação institucional (EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN opta pela expressão *institutionelle Kooperation*¹¹⁶) sempre que haja a intervenção de órgãos específicos regulados pelo direito comunitário, como sucede nos casos dos comités e das agências europeias. Por último, ocorre interacção procedimental ou cooperação procedimental (na expressão de EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN *prozedurale Kooperation*¹¹⁷) nos casos em que as normas comunitárias prevejam a participação, obrigatória ou não, das diferentes administrações dos Estados-Membros num mesmo procedimento decisório. Adquirem aqui especial relevo os procedimentos compostos¹¹⁸ os quais foram estudados e sistematizados, cuidadosamente, pela doutrina italiana¹¹⁹. Esta modalidade de interacção engloba todos os procedimentos verticais que possuam uma fase nacional e outra comunitária (*podendo iniciar-se tanto a nível comunitário, caso em que se assumem como procedimentos top-down ou, ao invés, a nível nacional, assumindo-se neste caso*

¹¹⁴ O princípio da cooperação encontra o seu fundamento geral de direito originário no artigo 10.º do Tratado da União Europeia, dele resultando não apenas obrigações de cooperação dos Estados-Membros perante os órgãos ou instituições da Comunidade Europeia, mas também a vinculação dos Estados-Membros à cooperação entre eles. Desta forma, o princípio da cooperação orienta-se quer num sentido vertical quer num sentido horizontal. O artigo 10.º do Tratado da UE converte-se assim na expressão de um princípio geral de direito que engloba um sistema de obrigações recíprocas de cooperação e de apoio decorrentes da lealdade comunitária. “...À luz do princípio da cooperação resulta claro que a base da reconstrução dogmática do sistema do Direito Administrativo se há-de actualmente situar num Direito Administrativo da informação...”; Cfr. Eberhard Schmidt-Assmann, *La Teoria...*; ob. cit. pp.390 e ss.

¹¹⁵ Eberhard Schmidt-Assmann, *La Teoria...*; ob. cit. pp.390 e ss.

¹¹⁶ Eberhard Schmidt-Assmann, *La Teoria...*; ob. cit. pp.390 e ss.

¹¹⁷ Eberhard Schmidt-Assmann, *La Teoria...*; ob. cit. pp.390 e ss.

¹¹⁸ Segundo Eberhard Schmidt-Assmann seriam procedimentos plurifásicos ou mistos, cfr. *Ordnungsidee* (nota 31), p.405, apud., Oriol Mir Puigpelat - *La Codificación del procedimiento administrativo...*; ob. cit., pp.51-85.

¹¹⁹ M.P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo* (nota 1), pp.442 ss; Sabino Cassese, «*Il procedimento amministrativo europeo*», en Bignami Y Cassese (dirs), *Procedimento* (nota 8), p.31 (pp.35 ss.); y, en especial, Giacinto della Cananea, «*I procedimenti amministrativi composti dell'Unione Europea*» en Bignami y Cassese (dirs.), *Procedimento* (nota 8), p.307 (*passim*)., apud., Oriol Mir Puigpelat - *La Codificación del procedimiento administrativo...*; ob. cit., pp.51-85.

como procedimento *bottom-up*) e nos quais intervém de forma qualificada a administração comunitária e a administração de um, vários ou todos os Estados-Membros.

Outros autores preferem falar em modelos fundamentais de composição organizativa como expressão de sistemas comuns¹²⁰, distinguindo a co-administração (*coamministrazione*), através da qual, na base de uma disciplina inteiramente supra nacional, cooperam administrações comunitárias e administrações nacionais, a integração descentrada¹²¹ (*integrazione decentrata*) que, ao contrário da co - administração, não pressupõe apenas a co - titularidade (*nacional e supra - nacional*) de uma competência específica mas exige também um ordenamento descentrado da matéria e, ainda, o concerto regulamentar europeu (*concerto europeo dei regolatori*) que ocorre quando, para sectores determinados, uma organização comum (*network*) relaciona entre si autoridades administrativas nacionais, administração central comunitária e alguns organismos de composição mista.

Independentemente dos vários modelos propostos existem decisivamente dois aspectos comuns a todos eles:

Em primeiro lugar, o reconhecimento assumido por todos eles de que a particularidade da administração comunitária radica na integração das suas actividades, dos processos de informação e, ainda, da sustentação e da concertação recíprocas entre as administrações dos diversos Estados-Membros implicados. Essa permanente colaboração permite garantir a eficácia da actuação da administração dentro do espaço comunitário. A administração europeia pode ser pois descrita como uma composição de informações, de decisões e de controlos¹²².

¹²⁰ Sabino Cassese, *Il procedimento amministrativo europeo*, in F. Bignami/S. Cassese, *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, pp.31 ss, apud., Luís Filipe Colaço Antunes, in *O Direito Administrativo...*; ob. cit., p.85.

¹²¹ Edoardo Chiti y Claudio Franchini, in *L'integrazione amministrativa europea*, distinguem, na linha de Sabino Cassese, a co-administração, a integração descentrada e o concerto regulamentar europeu. No entanto identificam ainda, para lá desses três modelos, a integração mediante autoridades independentes europeias (*autorità indipendenti europee*), 2003, pp.49 ss., apud., Oriol Mir Puigpelat - *La Codificación del procedimiento administrativo...*; ob. cit., pp.51-85.

¹²² Cfr. Eberhard Schmidt-Assmann, *Le modèle de l'administration compose et le rôle du droit administratif européen*, título original *Der Europäische Verwaltungsverbund und die rolle des*

Em segundo lugar, os campos da administração comunitária ultrapassam hoje as matérias geralmente associadas à execução directa e à execução indirecta, assumindo claramente, em domínios de transversalidade e de prossecução de interesses primários da própria União Europeia, uma lógica de execução conjunta. Talvez seja por essa razão que o direito do ambiente é hoje posto em prática por uma plêiade imensa de cooperações administrativas¹²³, em que os Estados-Membros desempenham um papel tão ou mais importante do que a própria União Europeia. Assume importância neste contexto a própria *Verbund*¹²⁴ ou composição como princípio de organização que tem por objectivo unificar, de forma harmonizada, os dois anclares princípios de organização administrativa que são a cooperação e as relações hierárquicas, colocando num mesmo plano, a autonomia, a consideração recíproca dos diversos actores administrativos e a capacidade de todos eles agirem em conjunto¹²⁵.

Traçado que está o denominador comum de todas as propostas avançadas, estamos convencidos que os procedimentos de atribuição do REC e de registo EMAS que nos vêm ocupando na presente investigação constituem um interessante repositório de grande parte desses elementos.

Vejamos pois de que modo.

Na realidade, e não obstante os procedimentos de atribuição de REC e de registo

Europäischen Verwaltungsrechts, in *Revue Française de Droit Administratif*, n.º6, Novembre-Décembre, 2006, pp.1246-1255.

¹²³ Sommer, *Verwaltungskooperation am Beispiel administrativer informationsverfahren im Europäischen Umweltrecht*, 2001, apud Eberhard Schmidt-Assmann, *Le modèle de l'administration compose...*, ob. cit., p.1248.

¹²⁴ Cfr. Eberhard Schmidt-Assmann, *Le modèle de l'administration compose...*, ob. cit., p.1249.

¹²⁵ Subjacente à ideia de união administrativa europeia (*Europäischer Verwaltungsverbund*), encontram-se, com especial interesse, os mais recentes desenvolvimentos institucionais da administração que actua no espaço administrativo europeu, conjuntamente ou de forma individual. Entre essas novas formas destacam-se com especial interesse, aquelas que se diferenciam pela significativa presença de elementos de união, interconexão ou integração entre distintas administrações (*verbund*). Cfr. Matthias Ruffert, *De la europeización del derecho administrativo a la Unión Administrativa Europea*, in *La Unión administrativa europea*, coord. Francisco..., ob. cit., pp.87-107.

EMAS se desenvolverem num plano estritamente nacional, beneficiam, ainda assim, de todo o trabalho produzido pela administração comunitária em concertação com as administrações dos demais Estados-Membros. As obrigações que os regulamentos comunitários em causa impõem aos diversos Estados-Membros, em especial as que se relacionam com a informação, evidenciam uma administração comunitária atenta, informada e dinamizadora. Os Comitês criados em ambos os procedimentos, o fórum de consulta a que se refere o artigo 15.º do RARE e o fórum constituído por todos os organismos de acreditação destinado a proporcionar à Comissão os elementos necessários para que esta garanta a qualidade uniforme dos verificadores ambientais em todos os Estados-Membros (números 7 e 8 do artigo 4.º do REMAS II), constituem ilustrativos exemplos de que a administração não se limita passivamente a assistir ao trabalho das diversas administrações nacionais, antes assumindo papel activo de *pivô* na concertação de interesses de todas elas, procurando que as soluções inicialmente adoptadas possam progressivamente ser melhoradas.

Por outro lado a ideia de *Verbund*, ao apelar às ideias de autonomia, de consideração recíproca dos diversos actores administrativos e de capacidade de todos eles agirem em conjunto, impele à conjugação de todos num propósito comum.

Pensemos, por exemplo, no que se passa com os critérios ecológicos específicos que devem sustentar à atribuição do REC a um determinado produto/serviço.

Tais critérios são o referencial material básico a que os organismos dos diversos Estados-Membros recorrem para aferir da viabilidade de um determinado produto ou serviço poder vir a ostentar o REC.

No plano estritamente jurídico, não pode ocorrer a atribuição do REC sem existência prévia de uma decisão da Comissão Europeia que fixe, para a categoria de produtos em causa, quais os critérios que nessa atribuição devem ser observados nem tão pouco, havendo decisão, pode haver a atribuição de um REC contra os critérios que a mesma fixa.

A este propósito tivemos já oportunidade de referir que a aprovação dos critérios pressupõe um processo negocial transparente e participado em que Portugal e os restantes Estados-Membros intervêm. No caso do procedimento de atribuição do REC, vimos que tal participação é assegurada pela DGAE, uma vez que é este o serviço da administração directa do Estado o organismo competente. Ele assume, pois, funções de interlocutor único com as instituições comunitárias nesta vertente do SCARE II, cabendo-lhe representar Portugal nos diferentes fóruns, estando ainda igualmente assegurada a participação activa de todas as partes interessadas, quer a nível dos organismos públicos que detêm competências nas diferentes áreas quer a nível das organizações não governamentais representativas das mesmas.

Ora a atribuição do REC é feita pelos Estados-Membros de acordo com os critérios específicos fixados por Decisão da Comissão para cada grupo de produtos, sendo que essa Decisão resulta não só de um complexo “trabalho de casa” realizado por cada um dos Estados-Membros como do próprio trabalho desenvolvido pelo CREUE junto da Comissão Europeia.

Para lá da fixação dos critérios, temos ainda as questões associadas à sua revisibilidade, as quais não podem ser dissociadas do contrato firmado entre o requerente e o organismo nacional competente após a atribuição do REC.

Esse contrato é, por assim dizer, um natural prolongamento de um procedimento que não se esgota a um acto, isto é, com a decisão da Comissão de Selecção.

Um acto atributivo de um direito (*ostentar o rótulo ecológico*) e um contrato que firma as condições em que esse direito deve ser exercido pelo seu beneficiário.

A questão da existência de um contrato traduz não só uma exigência comunitária como assegura, ainda, a necessária maleabilidade face à eventual decisão de revisibilidade dos critérios por parte da Comissão. Ao prever-se que, por regra, o contrato deixe de produzir os seus efeitos na data do termo acordado pelas partes ou, em data anterior caso ocorra a expiração do prazo de validade dos critérios antes da data acordada por aquelas, introduz-se flexibilidade na gestão e vigência

do contrato, permitindo que a Comissão possa, por via da revisibilidade dos critérios, influenciar o curso de uma relação jurídica sustentada num contrato firmado por um organismo nacional de um Estado-Membro (no caso português a DGAE) com um determinado requerente.

Ora esta possibilidade confere ao acto atributivo do REC (*da competência da Comissão de Selecção*) e ao contrato que firma as condições da sua utilização uma natural “provisoriidade”, dependente que está aquele da revisibilidade dos critérios decidida pela Comissão Europeia para a categoria de produtos/serviços em que se insere o rotulado.

Ora são todas estas especificidades que nos levam a concluir pela importância que a dimensão organizativa assume no contexto dos procedimentos de atribuição de REC e de registo EMAS.

No entanto e para além da importância que a dimensão organizativa assume no sentido de concretizar a tal ideia de cooperação institucional de que fala EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN é, ainda assim, na cooperação informativa que radica o aspecto mais significativo e estruturante para a correcta compreensão dos procedimentos de que nos vimos ocupando. Em boa verdade, o modelo de organização assenta substancialmente numa cooperação e intercâmbio informativos entre as administrações dos diversos Estados-Membros e a administração comunitária, seja por via de Comités seja por via de fóruns, agências ou mesmo de redes de informação. No caso do REC e do EMAS tivemos já a oportunidade de referir o importante contributo que resulta quer da previsão de Comités junto da Comissão, quer ainda dos fóruns de consulta. Ao papel dos Comités soma-se ainda a importante missão confiada à Agência Europeia para o Meio Ambiente (AEMA)¹²⁶, de que se evidenciam algumas importantes

¹²⁶ A AEMA é um organismo encarregue de fornecer as informações relativas ao meio ambiente à Direcção-Geral do Ambiente com o objectivo de desenvolver e melhorar as premissas de base à tomada das decisões relativas à política ambiental. Oficialmente, a criação desta agência é o resultado da desagregação da função de recolha de dados, uma vez que os poderes decisoriais em matéria de política comunitária do ambiente continuam a pertencer à Comissão. Cfr. Dario Barbieri e Edoardo Ongaro, *Les agences de l'EU: points communs et différences avec les agences publiques agissant ao niveau national*, in *Revue Internationale des Sciences Administratives*, volume 74, n.º3,

competências¹²⁷.

De tudo o que vai dito podemos concluir que o novo modelo de administração *multilevel* em que se desenvolvem os instrumentos de gestão ambiental em análise assenta, essencialmente, em fluxos contínuos de informação que se estabelecem entre os Estados-Membros (e os seus organismos) e os órgãos comunitários, alimentados pela intervenção desenvolvida, entre outras, pelas agências e, em especial, pela AEMA.

Um último contributo importante de que deixaríamos breve nota é o que se relaciona com o fluxo informativo gerado no seio dos comités em que têm assento os próprios Estados-Membros, evidenciando, uma vez mais, que todo o modelo organizacional instituído se encontra delineado e pensado para que a informação possa fluir entre todos no espaço comunitário.

Septembre, 2008., pp.419-443.

¹²⁷ Assim, entre elas:

i) *Garantir o acerto do direito comunitário ambiental. Para esse objectivo, a AEMA proporciona um filtro contínuo de informação que se desenvolve em dois sentidos: informação provida dos Estados-Membros (sentido ascendente) para a AEMA e que depois esta direcciona para a Comunidade Europeia, concretamente para a Comissão, a fim de ser considerada na aprovação de regulamentos e de directivas a aplicar pelos Estados-Membros (sentido descendente que, no caso das directivas pressupõe que a informação seja utilizada pelos Estados-Membros na respectiva transposição). Pretende-se não só uma adequada elaboração do direito comunitário ambiental atendendo às especificidades do objecto que se regula como também uma mais adequada e razoável execução indirecta por parte dos Estados-Membros;*

ii) *A acção da AEMA procura ainda fiscalizar os resultados da avaliação da eficácia da execução indirecta levada a cabo pelos Estados-Membros, ou seja, verificar se o direito comunitário foi correctamente aplicado e evidenciar quais os problemas que resultaram da sua aplicação prática;*

iii) *Funções de informação e de aconselhamento junto dos Estados-Membros no âmbito do direito nacional ambiental;*

iv) *Estabelecer em colaboração com os Estados-Membros uma rede de informação e de observação sobre o meio ambiente e coordená-la. Esta estrutura orgânica funciona como instrumento de cooperação entre os Estados-Membros e os órgãos comunitários, assumindo-se como um meio privilegiado de cooperação horizontal mas sobretudo vertical, considerando que o objectivo da rede (rede europeia de observação e de informação em matéria de meio ambiente, EIONET) é o de proporcionar dados, informação e conhecimentos especializados e de qualidade garantida para que a Agência possa cumprir cabalmente o seu mandato. É graças à EIONET que a AEMA recebe os dados relativos ao meio ambiente dos diferentes Estados-Membros e é, em grande medida, a informação com que a AEMA alimenta a Comissão Europeia que optimiza todo o seu desempenho, quer no âmbito do trabalho que desenvolvido pelos Comitês (por exemplo os CREUE e o Comité do EMAS) que junto dela funcionam quer no âmbito da produção da sua própria normação. Cfr. Julia Ortega Bernardo, Elementos de la Unión Administrativa Europea en materia de protección del medio ambiente: la Agencia Europea del Medio Ambiente e la Red Europea de Información Ambiental, in La Unión administrativa europea, coord. Francisco..., ob. cit., pp.193-218.*

Pelo exposto, diríamos que o REC e o registo EMAS não só são dois dos mais emblemáticos e exemplificativos recortes da administração infra-estrutural como do emergente modelo composto a que alude EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, ou seja, um modelo de administração europeia essencialmente delineado como “... *composição de variadas informações, múltiplas decisões e sobreposição de controlos em que participam funcionários nacionais e europeus no quadro das suas actividades*”¹²⁸.

Um modelo em que as “...*informações constituem o objecto principal de toda a actividade administrativa do espaço europeu...*” e em que “...*o número de disposições de direito derivado que impõem aos Estados-Membros o cumprimento de obrigações de informação e de comunicação perante a Comissão...*” prevendo, em especial, “... *que eles devem partilhar entre eles certas informações ou, ainda, que exortam as autoridades comunitárias a mantê-los informados, não é de forma alguma negligenciável*”¹²⁹.

Segundo EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN “*ultrapassa mesmo aquilo que o direito federal alemão considera necessário nesta matéria*”. Ora isso traduz precisamente segundo o mesmo autor “...*o fundamento da actividade administrativa europeia, qual seja o de criar uma verdadeira unidade que é, em primeira linha, uma unidade de informações. O coração do projecto europeu em matéria de direito administrativo de informação repousa sobre uma dependência de todas as instâncias da administração perante as informações disponíveis no conjunto do espaço comunitário. Consequentemente, funda-se num princípio de reciprocidade*”¹³⁰.

O REC e o EMAS, ao fazerem assentar as suas bases num modelo totalmente dependente da informação, assumem-se como dois dos mais poderosos e eficazes instrumentos legais com que a União Europeia dá resposta à sociedade de risco em que todos vivemos. Ao risco crescente de uma sociedade cada vez mais global responde a UE como um modelo de organização essencialmente modelado de e

¹²⁸ Cfr. Eberhard Schmidt-Assmann, *Le modèle de l'administration compose...*, ob. cit., p.1255.

¹²⁹ Cfr. Eberhard Schmidt-Assmann, *Le modèle de l'administration compose...*, ob.cit., p.1255.

¹³⁰ Cfr. Eberhard Schmidt-Assmann, *Le modèle de l'administration compose...*, ob. cit., p.1252.

para a informação. À europeização (*para não falarmos já na globalização*) do risco responde a União Europeia e os Estados-Membros que a integram com a europeização da informação, criando fluxos contínuos e permanentemente actualizados de novos elementos de suporte à decisão.

Razões suficientes, em nosso entender, para que acompanhem EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN quando este oportunamente refere que “...as funções de organização e de enquadramento adquirem, no quadro da administração composta, o estatuto de instrumentos de pilotagem de primeira ordem...”¹³¹.

3. QUALIFICAÇÃO JUS-ADMINISTRATIVA DO REC E DO EMAS

Procuraremos agora ensaiar uma possível qualificação jus-administrativa do REC e do EMAS, servindo-nos, para esse efeito, de algumas das conclusões retiradas nos anteriores pontos de análise, nomeadamente os relativos à importância da dimensão informativa e organizacional/procedimental das figuras em análise.

Impõe-se, nessa medida, e num primeiro momento, clarificar os precisos termos em que se desenvolve a denominada acção informal da Administração¹³² ou actuação administrativa informal¹³³ para, de seguida, e partindo agora de uma análise comparativa, desvendar os elementos característicos do REC e do EMAS de modo a alcançar o seu exacto posicionamento na dogmática jus-administrativa.

¹³¹ Cfr. Eberhard Schmidt-Assmann, *Le modèle de l'administration compose...*, ob. cit., p.1255.

¹³² Para usar a expressão de Eberhard Schmidt- Assmann, cfr. *La Teoria...*; ob. cit., pp.332 e ss.

¹³³ Cfr. Pedro Gonçalves - *Advertências da...*; ob. cit. pp.723-796; Pedro Lomba, *Problemas da actividade administrativa informal*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2000, vol. XLI, n.º2, pp.817 e ss.; Martin Schulte, *Actuación administrativa informal como instrumento de protección estatal del medio ambiente y de la salud*, in Documentación Administrativa, n.ºs 235/236, Julho/Dezembro, 1993, pp.114 e ss; Suzana Tavares da Silva...; ob. cit. pp. 55-70; Sobre os temas relativos a actuações informais em geral e no direito do ambiente em especial, ver ainda “*Actuações informais da Administração – Verdade ou Mito?*”, Dissertação de Mestrado apresentada em Coimbra, 1998 (obra não publicada).

Este *iter* investigativo parece-nos absolutamente decisivo, uma vez que, em nosso entender, em qualquer uma das figuras em análise se divisam as lógicas combinatórias a que alude VASCO PEREIRA DA SILVA¹³⁴, nas quais se cruzam, de “*forma harmoniosa*”, actos administrativos, actuações administrativas informais, operações materiais, a que soma ainda, no caso do REC, a celebração de contratos. É pois neste “labirinto” de qualificações que agora nos atrevemos a entrar, em busca de uma melhor compreensão das figuras objecto desta investigação.

3.1. O REC e o EMAS no contexto da actividade informal da Administração Pública

A actividade informal da administração pública não goza entre a doutrina de uma definição consensual.

Deste modo, para um sector da doutrina, a actividade informal corresponderia a toda a actuação administrativa não enquadrável em nenhuma das diferentes categorias típicas do agir administrativo – em especial actos administrativos, contratos e regulamentos administrativos (*e para algum sector da doutrina, as operações materiais*).

Ou seja, sob o labéu da actividade administrativa informal divisar-se-ia uma emergente e residual categoria de actuação das diversas administrações públicas¹³⁵.

Segundo MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, “...em causa estão condutas administrativas que não se reconduzem às formas de actuação administrativa individualizadas pela lei e pela doutrina, que não pretendem produzir efeitos jurídicos e que não são objecto de disciplina jurídica específica.” Acrescentam ainda os mesmos autores que a “...característica da informalidade implica mesmo

¹³⁴ Cfr. Vasco Pereira da Silva – *Verde Cor...*, ob. cit., p.175.

¹³⁵ Significativa parte da doutrina alemã (entre outros, Bachof e Faber) defende a recondução dos actos informais aos actos reais, definindo estes últimos a partir das formas tradicionais do agir administrativo e mediante uma clara lógica de exclusão de partes. Dando um tratamento significativamente aprofundado à matéria veja-se Carla Amado Gomes, *Contributo para o estudo das Operações Materiais da Administração Pública e do seu controlo jurisdicional*, Coimbra Editora, 1999, pp.212 e ss.

*que, em rigor, não se esteja sequer perante uma verdadeira forma de actividade administrativa”*¹³⁶.

EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN assinala que as acções informais da Administração são “...*juridicamente pouco estruturadas e dirigidas prioritariamente a obter efeitos práticos...*” o que não significa que não tenham que respeitar a “...*primazia da lei, os princípios da proporcionalidade e da igualdade de tratamento, as regulações procedimentais elementares relativas à imparcialidade e à neutralidade e – conforme a lesividade que comportem – a reserva de lei*”¹³⁷.

Para uma outra corrente doutrinária, o conceito de actividade administrativa informal não redundaria em qualquer específica categoria do *agere* administrativo nem sequer em qualquer outra figura jurídica autónoma. Neste sentido, MARTIN SCHULTE reconhece mesmo a incapacidade que os defensores de uma pretensa autonomia da actividade administrativa informal têm revelado em não conseguir demonstrar as estruturas específicas que a distinguiriam das demais formas de actuação administrativa¹³⁸.

Na realidade, M. SCHULTE avança provocatoriamente dizendo que os “...*defensores de uma figura autónoma não conseguiram, até hoje, e independentemente do seu conteúdo concreto, demonstrar as estruturas específicas pelas quais uma actuação administrativa informal se poderia eventualmente distinguir quanto ao seu próprio procedimento, função e respectivas consequências jurídicas*”¹³⁹.

Para autores como SCHULTE e, entre nós, PEDRO LOMBA, a actuação administrativa informal corresponderia a um pequeno e diversificado¹⁴⁰ universo de actuações administrativas, dotadas de uma mesma característica, a informalidade. Essa mesma informalidade funcionaria então como uma forma de reacção à imprevisibilidade típica da «sociedade de risco»¹⁴¹, “...*potenciando o*

¹³⁶ Cfr. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos; *Direito Administrativo Geral, Actividade Administrativa*, Tomo III, Primeira Edição, Fevereiro, 2007, pp.402 e ss.

¹³⁷ Eberhard Schmidt- Assmann, *La Teoria...*; ob. cit., pp.332 e ss.

¹³⁸ Martin Schulte, *Actuación...*; ob. cit. p.117 e ss.

¹³⁹ Martin Schulte, *Actuación...*; ob. cit. p.117 e ss.

¹⁴⁰ Pedro Lomba refere mesmo um grupo muito heterogéneo de actuações administrativas; Pedro Lomba, *Problemas...* ob. cit. p.823.

¹⁴¹ J.J. Gomes Canotilho *Privatismo, Associativismo...*; ob. cit. p.232.

*aumento da previsibilidade das condutas administrativas e dos particulares, com uma consequente diminuição da insegurança jurídica...*¹⁴². É pois possível divisar, segundo estes autores, os seguintes elementos caracterizadores para essa informalidade: em primeiro lugar, a existência de uma reduzida senão mesmo fraca densificação legislativa e uma regulação normativo-procedimental mínima. Uma segunda marca distintiva é dada pela margem de considerável discricionariedade do agente e de inerente flexibilidade na actuação administrativa. Em terceiro e último lugar, o facto destas actuações administrativas serem desprovidas de carácter jurídico vinculante¹⁴³, pelo que se revelam insusceptíveis de produzirem quaisquer efeitos jurídicos reguladores¹⁴⁴. Isto é, trata-se de actuações não reguladoras ou desprovidas de qualquer poder de regulação jurídica, no sentido não serem, por si próprias, capazes de imporem quaisquer obrigações.

Olhando as duas propostas avançadas pela doutrina, parece-nos fazer mais sentido entender dogmaticamente a actividade administrativa informal como um conjunto muito diversificado de actuações das administrações públicas marcado, em grande e decisiva medida, pela nótula da informalidade.

A ideia de pensar e enquadrar as actuações administrativas informais numa suposta lógica de exclusão de partes parece-nos, dogmaticamente, pouco sustentada, uma vez que levada ao extremo, criaria sérias dificuldades na

¹⁴² Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos; *Direito Administrativo Geral...*, ob. cit. p. 403.

¹⁴³ Segundo Marcelo Rebelo de Sousa e A. Salgado de Matos “...o aspecto fundamental do regime das actuações administrativas informais é de carácter negativo, consistindo na total ausência de produção de efeitos jurídicos...”. Prosseguem os mesmos autores explicitando que os “...actos informais não só carecem da vinculatividade dos actos formais da administração como, na realidade, não têm vinculatividade jurídica alguma, seja ela imediata ou mediata, directa ou indirecta...”. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos; *Direito Administrativo Geral...*, ob. cit. p. 405.

¹⁴⁴ Com interesse e advogando esta posição, Pedro Lomba, *Problemas...* ob. cit. p.817 e ss.; Também no mesmo sentido, Pedro Gonçalves, quando refere que a actuação administrativa informal se configura como uma actuação não reguladora, desprovida de vinculatividade jurídica, que nada impõe ou proíbe ao destinatário. Este autor defende, inclusivamente, que a actuação administrativa informal comunga das mesmas características que a mera actuação administrativa. No entanto, e não obstante a existência dessas notas comuns, entende que existem razões para conferir um tratamento autónomo às actuações administrativas informais. Pedro Gonçalves - *Advertências da...*; ob. cit. pp.754 e 755.

arrumação das múltiplas (*e não necessariamente conciliáveis*) actuações não subsumíveis nos modos de *agere*¹⁴⁵ tradicionalmente architectados pela doutrina.

No entanto, a compreensão da actividade administrativa informal pressupõe, necessariamente, que a distingamos de outra figura que com ela normalmente aparece associada.

Referimo-nos, concretamente, às operações materiais.

Assim, ao passo que a actividade administrativa informal se relaciona com a ideia de uma actuação administrativa de carácter flexível e desprovida de natureza jurídica reguladora¹⁴⁶, as operações materiais consubstanciam actuações não jurídicas das diversas administrações. Segundo CARLA AMADO GOMES, as operações materiais correspondem a todas aquelas actuações “...*que visam exclusivamente produzir alterações na realidade física, praticados por entidades que desenvolvem a função administrativa, no âmbito da prossecução dos seus objectivos de interesse público...*”, ou seja, todas as actuações “...*cuja vocação única é a produção de efeitos de facto...*”, sendo que “...*a sua prática pode até gerar reflexamente consequências jurídicas – maxime efeitos indemnizatórios – mas a sua intenção genética é a alteração da realidade física...*”¹⁴⁷.

VASCO PEREIRA DA SILVA, aliás em linha com CARLA AMADO GOMES, explicita que na ordem jurídica portuguesa se deve separar “...*entre as actuações produtoras de efeitos jurídicos individuais e concretos – sejam formais ou informais, e independentemente do seu conteúdo consistir em (por exemplo) juízos técnicos,*

¹⁴⁵ Sobre a teoria das formas de actuação diríamos, acompanhando neste ponto Schmidt- Assmann, Fritz Ossenbühl, Heintzen e Velasco Caballero, que a sua principal função consiste em “...*regular expressamente todas as manifestações da actuação administrativa que se subsumam numa forma determinada: a lei geral, ao regular uma forma em abstracto (v.g., regras de procedimento e disciplina substantiva aplicáveis à formação de actos administrativos), dita a regulação para cada acto concreto...*”; apud. Pedro Gonçalves - *Advertências da...*; ob. cit. pp.755; nota 86.

¹⁴⁶ Uma vez que por via dela, como já referimos, não se procede à definição do direito aplicável a uma concreta situação jurídica.

¹⁴⁷ Carla Amado Gomes, *Contributo...* ob. cit. p.234; Também da mesma autora, ver ainda “*As operações materiais administrativas e o Direito do Ambiente*”, Edições da A.A.F.D.L., Lisboa, 1999, p.35. Ver também Pedro Lomba, *Problemas...* ob. cit. p.817 e ss.

*valorativos, jurídicos, declarações de vontade – que são actos administrativos, e as actuações desprovidas de efeitos jurídicos imediatos, que são operações materiais*¹⁴⁸.

Já MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS referem-se primeiramente, e num plano estritamente lógico, a actos materiais como consistindo em “...condutas voluntárias da administração susceptíveis de apreensão sensorial directa...”, notando que por vezes não é suficiente a prática de um único acto material, antes vários, para atingir um determinado resultado. Nesses termos (*e porque são vários os actos materiais a praticar*) designam o conjunto desses vários actos materiais unificados pela prossecução de um mesmo objectivo como operações materiais¹⁴⁹.

Do que vai dito, podemos avançar já com uma ideia que nos parece ser comum tanto ao REC como ao EMAS. Na realidade, em ambas as situações ocorre um conjunto de actuações administrativas dotadas de informalidade, provindas das diversas administrações públicas competentes em matéria ambiental.

No caso do EMAS atente-se, por exemplo, ao que se dispõe no n.º1 do artigo 12.º do REMAS II quando aí se refere que os *Estados-Membros devem, sempre que tal se mostre adequado, em colaboração com as organizações empresariais, as associações de defesa do consumidor, as organizações de protecção do ambiente, os sindicatos e as instituições locais, utilizar, nomeadamente, publicações profissionais, gazetas locais, campanhas de promoção ou quaisquer outros meios adequados para promover uma sensibilização generalizada do EMAS*.

Veja-se, ainda, a actuação da APA logo após a atribuição do registo, dado que a mesma actualiza a base de dados das organizações registadas e *assegura a sua divulgação, designadamente no seu sítio da Internet*.

¹⁴⁸ Vasco Pereira da Silva – *Verde Cor...* ob. cit., p.222.

¹⁴⁹ Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos; *Direito Administrativo Geral...*, ob. cit. p. 379 e ss. Sobre este ponto, os mesmos autores referem que é o próprio CPA que, por vezes, se reporta directamente aos actos e operações materiais (artigos 2.º, 5 e 151.º, n.º1 do CPA).

Ou ainda no caso do REC, ao que dispõe o artigo 10.º do respectivo regulamento, ao incumbir os Estados-Membros e a Comissão, em cooperação com os membros do CREUE, de *promover a utilização do REC através de campanhas de sensibilização e de informação junto dos consumidores, produtores, comerciantes, retalhistas e do grande público, apoiando por essa via o desenvolvimento do próprio SCARE II*.

Tais actuações são claramente caracterizadas por não imporem qualquer definição jurídica concreta aos seus destinatários (*dado não terem conteúdo regulador*), ou seja por não apresentarem um elevado grau de determinação e de rigidez na conformação dos atinentes procedimentos e respectivos regimes jurídicos e, finalmente, por atribuírem aos Estados-Membros e aos órgãos incumbidos de promover essas iniciativas e difundir essa informação, uma considerável margem de discricionariedade quanto ao *an* e intensidade das mesmas.

Não obstante o que vai dito, estamos em crer que o reconhecimento da existência de informalidade associada às múltiplas actuações desenvolvidas pelas administrações públicas no âmbito dos procedimentos de atribuição do REC e do registo EMAS não significa, por um lado, que nesses procedimentos não ocorra a prática de actos administrativos capazes de produzir efeitos jurídicos reguladores (*no sentido da imposição de obrigações de carácter jus-imperativo*), nem tão pouco equivale a dizer-se que tais actuações administrativas dotadas de informalidade não possam, elas mesmas, ser qualificadas como actos administrativos¹⁵⁰ dotados de informalidade (*em especial para aqueles que, como nós, perfilham uma concepção ampla de acto administrativo, aliás em sintonia com a opção do legislador vertida no artigo 120.º do CPA*).

3.2. O REC e o EMAS – proposta de qualificação jus-administrativa

Como já tivemos oportunidade de referir, no âmbito dos procedimentos de

¹⁵⁰ Salvo quando essas actuações administrativas sejam desprovidas de efeitos jurídicos directos, caso em que, segundo Vasco Pereira da Silva, devem assumir a qualificação de operações materiais. Vasco Pereira da Silva – *Verde Cor...* ob. cit., p.222.

atribuição do REC e o do registo EMAS encerram em si uma plêiade de actuações administrativas informais.

No caso do REC¹⁵¹, essas actuações administrativas informais¹⁵² traduzem-se em múltiplas tarefas de que os Estados-Membros e a Comissão se encontram incumbidos (*em cooperação aliás com os membros do CREUE*), no sentido de promover a utilização do REC através de campanhas de sensibilização e de informação junto dos consumidores, produtores, comerciantes, retalhistas e do grande público, apoiando por essa via o desenvolvimento do próprio SCARE II.

Por seu turno, no caso do EMAS¹⁵³, essas actuações administrativas informais encontram tradução nas campanhas de promoção/informação¹⁵⁴ e em quaisquer outros meios adequados para promover uma sensibilização generalizada do EMAS, o que deverá ocorrer sempre que os Estados-Membros o reputem adequado¹⁵⁵.

Partindo pois da existência de actuações administrativas informais nos casos objecto da presente investigação, a questão que agora eventualmente podemos equacionar é a de saber se não obstante a informalidade característica das identificadas actuações administrativas, podem estas ser qualificadas como

¹⁵¹ Cfr. artigo 10.º do RARE.

¹⁵² Em sentido idêntico, Vasco Pereira da Silva quando afirma que a relação jurídica duradoura de rótulo ecológico se inicia “...mediante um acto administrativo de atribuição da eco-etiqueta, na sequência de um pedido apresentado pelo respectivo fabricante...” seguindo-se “...depois um conjunto de actuações administrativas informais, prolongadas no tempo, e destinadas a intervir (de forma infra-estrutural) sobre o mercado de produção e de consumo de bens, promovendo o rótulo ecológico «através de campanhas de sensibilização e de informação junto dos consumidores, produtores, comerciantes, retalhistas e do grande público (artigo 10.º, do Regulamento n.º1980/2000, de 17/7/2000). Ver Vasco Pereira da Silva – Verde Cor... ob. cit., p.176.

¹⁵³ Cfr. n.º1 do artigo 12.º do REMAS II.

¹⁵⁴ Em sentido diverso Vasco Pereira da Silva. O autor considera que as tarefas de promoção e de informação no âmbito do EMAS se devem qualificar como operações materiais. Como o mesmo refere, está em causa “...uma multiplicidade de actuações administrativas, em que são predominantes as actividades não directamente jurídicas, de natureza técnica, informal e consensual, as quais devem ser incluídas na qualificação genérica de operações materiais, e que se destinam à realização dos objectivos da política pública do ambiente.”

¹⁵⁵ Os Estados-Membros devem desenvolver essas campanhas em colaboração com as organizações empresariais, as associações de defesa do consumidor, as organizações de protecção do ambiente, os sindicatos e as instituições locais, recorrendo para o efeito, às publicações profissionais, gazetas locais e outras formas igualmente idóneas à consecução dos objectivos de informação pretendidos.

verdadeiros actos administrativos, considerando neste nosso exercício de reflexão, as duas concepções dogmáticas relativas à definição de acto administrativo.

Para esse efeito, há que olhar primeiramente para aquela que foi a opção do legislador.

Deste modo, dispõe o artigo 120.º do Código do Procedimento Administrativo que os actos administrativos correspondem às “...*decisões dos órgãos da Administração que ao abrigo de normas de direito público visem produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta*”.

Ao percorrer-se a definição legal, com facilidade descortinamos os elementos tipicamente definidores do conceito de acto administrativo. Em primeiro lugar, o carácter unilateral da decisão da administração pública. Em segundo, a necessidade de enquadramento em normas legais de natureza jus – publicista. Em terceiro lugar, a susceptibilidade de produção de efeitos jurídicos e, em último lugar, a referência a uma situação individual e concreta.

Deste modo, e numa primeira concepção apoiada por VASCO PEREIRA DA SILVA, o acto administrativo pode ser definido como “...*qualquer manifestação unilateral de vontade, de conhecimento ou de desejo proveniente da Administração Pública e destinada à satisfação de necessidades colectivas que, praticada no decurso de um procedimento, se destina à produção de efeitos jurídicos de carácter individual e concreto*”¹⁵⁶.

Diríamos pois que em Portugal e de acordo com a concepção ampla perfilhada pela Escola de Lisboa e, em especial, por VASCO PEREIRA DA SILVA “...*tanto as decisões de carácter regulador como as actuações de conteúdo mais marcadamente material, os actos de procedimento como as decisões finais, as actuações internas, bem como as actuações externas, são consideradas pela lei actos administrativos.*”¹⁵⁷

¹⁵⁶ Cfr. Vasco Pereira da Silva, *Em busca do Acto...* ob. cit., p.624.

¹⁵⁷ Cfr. Vasco Pereira da Silva, *Em busca do Acto...* ob. cit., p.625; Do mesmo autor ver, ainda, quer a obra “*O Contencioso*”, ob. cit. pp.308 e ss., quer o artigo intitulado “*2001: Odisseia no espaço conceptual do acto administrativo*”, publicado nos Cadernos de Justiça Administrativa, n.º28, Julho/Agosto, 2001, pp.7-15.

Contra esta concepção ampla emerge depois uma concepção restrita¹⁵⁸ de acto administrativo assente na exigência de existência de um conteúdo regulador¹⁵⁹.

Posto isto, o que nos parece ser decisivo na compreensão das duas concepções é o sentido que eventualmente se possa atribuir à locução “*decisões que visem... produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta...*” constante da letra da lei (artigo 120.º do CPA).

Assim, ao passo que para a concepção restritiva – reguladora essa locução equivalerá à exigência de existência efectiva de uma decisão que defina o direito numa situação individual e concreta, já para os defensores da concepção ampla, em que se insere VASCO PEREIRA DA SILVA, deverá assumir-se como uma interpretação mais literalista e, como tal, formalmente não tão próxima da ideia de *produção efectiva de efeitos jurídicos mas sim de produção potencial (ou de susceptibilidade de produção de efeitos jurídicos)*.

Considerando então a concepção ampla (*à qual aderimos*) parece-nos ser possível qualificar as actuações administrativas informais supra identificadas no âmbito do REC e do EMAS como actos administrativos não reguladores, porquanto destituídos de capacidade de produção efectiva e imediata de efeitos jurídicos numa situação individual e concreta.

¹⁵⁸ Entre os defensores da concepção restritiva-reguladora de acto administrativo, encontramos Rogério Soares, para quem o acto administrativo se deveria definir restritivamente em razão da recorribilidade; in *Direito Administrativo*, Lições policopiadas, Coimbra, 1978; Sérvulo Correia, *Acto administrativo e âmbito da jurisdição administrativa*, in Estudos em Homenagem do Prof. Rogério Erhardt Soares, AAVV, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, cit., pp.1155-1187; José Carlos Vieira de Andrade, *Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de “acto administrativo” no nosso tempo*, in Estudos em Homenagem do Prof. Rogério Erhardt Soares, cit., pp.1189-1220; Pedro Gonçalves, aliás na linha de Rogério Soares, evidencia que seja “...qual for o papel que se reconheça à vontade na conformação dos efeitos jurídicos, o acto jurídico caracteriza-se sempre por provocar ou ser a causa imediata da verificação de um resultado bem determinado: uma transformação jurídica (em geral, constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica)”, *Advertências da Administração Pública*, in Estudos em Homenagem do Prof. Rogério Erhardt Soares..., ob. cit., p.751; Filipa Urbano Calvão, «Os actos precários e os actos provisórios no Direito Administrativo», Edição da Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998.

¹⁵⁹ Com o conteúdo regulador do acto administrativo depreende-se, desde logo, a definição de uma “situação concreta e individual” (artigo 120.º do CPA); o que se quer evidenciar especificamente é que os actos administrativos se dirigem à produção de uma consequência, consequência esta que consiste na criação, modificação ou extinção de um direito ou de um dever, ou na determinação jurídica de uma coisa. Cfr. Sérvulo Correia, *Noções de Direito Administrativo*, Lisboa, 1982, p.298.

Ao acolhermos a concepção ampla e ao recusarmos a concepção restritiva-reguladora, admitimos simultaneamente que actos não reguladores (como sucede com as actuações administrativas informais) possam ser admitidos e catalogados no universo de actos administrativos.

Na realidade e se percorrermos as actuações administrativas informais que exemplificativamente sinalizámos no REC e no EMAS, facilmente concluiremos, à luz de uma concepção ampla de acto administrativo, pela presença dos elementos típicos previstos pelo artigo 120.º do CPA e, como tal, pela sua qualificação como actos administrativos informais ou actos administrativos destituídos de carácter regulador.

Se pensarmos, por exemplo, numa campanha de sensibilização ou numa acção de promoção ou de divulgação, desenvolvida pelas administrações públicas dos Estados-Membros, relativas às vantagens existentes na aquisição de um produto eco-etiquetado ou nas vantagens decorrentes para as entidades públicas em contratar uma empresa registada no EMAS, facilmente concluiremos pelo preenchimento dos elementos típicos previstos no citado preceito legal.

Em primeiro lugar, temos as decisões/iniciativas de lançar a campanha ou de promover a acção de sensibilização. Trata-se, em qualquer dos casos, de decisões unilaterais de organismos integrados na Administração Pública. Assim, no caso do REC será, por regra, a DGAE e, no caso do EMAS será, por regra, a APA. Em ambos os casos, estamos perante processos de divulgação resultantes de decisões unilaterais (*embora possam tais decisões, é certo, ser depois concretizados em cooperação quer com a Comissão quer com entes da sociedade civil*).

Em segundo lugar, e como já atrás demonstrámos, tais actuações administrativas consubstanciam o exercício de uma função pública, ou seja, representam uma clara manifestação da actividade informativa da administração pública numa sociedade que é, como também atrás procuramos evidenciar, de risco.

Em terceiro lugar, e não obstante serem criadas e previstas por lei, essas actuações administrativas desenvolvem-se, por regra, num quadro de normatividade procedimental mínima. Veja-se por, exemplo o que dispõe o Despacho n.º15512/2006, de 19 de Julho, relativo à execução RARE. Na alínea c) do ponto 6.2 desse despacho refere-se que compete aos organismos especializados, no âmbito da vertente nacional do SCARE II, promover e divulgar o Sistema, *em coordenação com a DGAE e com a APA, junto das entidades empresariais e associativas das áreas que lhes estão afectas, quando for o caso*. Ou o que dispõe a alínea c) do ponto 7, quando aí se refere que compete ao Instituto do Consumidor promover a divulgação do Sistema *junto das estruturas representativas dos consumidores, em colaboração com a DGAE*.

Quanto ao EMAS, podemos também encontrar alguns exemplos dessa normatividade procedimental mínima ou densificação regulamentar reduzida. Assim, dispõe o artigo 12.º do REMAS II que os Estados-Membros devem, sempre que tal se mostre adequado, em colaboração com as organizações empresariais, as associações de defesa do consumidor, as organizações de protecção do ambiente, os sindicatos e as instituições locais, utilizar, nomeadamente, publicações profissionais, gazetas locais, campanhas de promoção ou quaisquer outros meios adequados para promover uma sensibilização generalizada do EMAS. Devem ainda os Estados-Membros informar a Comissão das medidas tomadas em aplicação desse mesmo artigo. Significativo é também o n.º3 desse mesmo artigo quando aí se dispõe que a Comissão seja responsável pela promoção do EMAS a nível comunitário, *devendo analisar, em consulta com os membros do Comité previsto no n.º1 do artigo 14.º, a possibilidade de divulgar as melhores práticas através dos meios e métodos adequados*.

Finalmente, e em quarto lugar, no que concerne à produção de efeitos jurídicos numa situação individual e concreta, recupera-se a ideia de que essas actuações administrativas informais visam essencialmente a formação de uma consciência ambiental nos consumidores quanto à necessidade de adquirir, preferencialmente,

produtos e serviços eco-etiquetados ou de escolher empresas com registo EMAS.

O desenvolvimento de campanhas de sensibilização / promoção / divulgação / informação (*informação que, note-se, é de natureza essencialmente persuasiva*) de determinados produtos/serviços (REC) ou empresas (EMAS) tem como finalidade precípua gerar na comunidade em geral e nos consumidores em especial, uma motivação adicional conducente à aquisição preferencial de produtos/serviços ambientalmente amigos ou à escolha de empresas com sistemas de gestão igualmente amigos do ambiente.

Preenchidos que estão os elementos característicos do acto administrativo (*na concepção ampla que perfilhamos*) pelas actuações administrativas informais que supra identificámos, pensamos ser possível enquadrar tais actuações como actos administrativos não reguladores ou actos administrativos dotados de informalidade.

De tudo o que vai exposto pode avançar-se com duas ideias conclusivas quanto à possível qualificação jus-administrativa do REC e do EMAS:

a) Em primeiro lugar, diríamos que quer no REC quer no EMAS temos verdadeiros actos administrativos (*veja-se o acto administrativo atributivo do REC¹⁶⁰ ou o registo EMAS¹⁶¹*). A estes actos administrativos encontra-se inevitavelmente associado um carácter regulador no sentido de definição da situação jurídica de um determinado titular de um produto ou de um serviço no sentido de que sobre esse mesmo titular impendem obrigações cujo cumprimento ele deve assegurar nos respectivos produtos/serviços eco-etiquetados, de modo a garantir que os critérios ecológicos específicos da categoria de produtos ou serviços que ditaram a atribuição da eco-etiqueta continuem a ser respeitados durante a vigência do

¹⁶⁰ Neste sentido, Vasco Pereira da Silva – *Verde Cor...* ob. cit., p.176.

¹⁶¹ No sentido de qualificar os actos de recusa, de suspensão e de cancelamento do registo como actos administrativos, ver Vasco Pereira da Silva, *Verde Cor...* ob. cit., p. 226. Para nós, e por identidade de razão, também o acto de “registo” pode e deve ser qualificado como acto administrativo.

contrato celebrado com a DGAE.

No caso do EMAS, a situação é em tudo similar.

Também aí o registo consubstancia um verdadeiro acto administrativo, uma vez que investe a organização registada num conjunto de obrigações que ela deverá escrupulosamente respeitar em ordem a que o registo se mantenha.

Vejamos, no entanto, algumas vicissitudes que traduzem bem esta ideia.

Assim e uma vez registada no EMAS, a organização *deve colocar* à disposição do público e das outras partes interessadas a DA, bem como as respectivas actualizações anuais devidamente validadas, deste modo garantindo-se a máxima divulgação desses documentos. De igual modo e para efeitos de manutenção do registo EMAS, a organização registada *deve remeter* as actualizações da DA quando perfizer um ano e depois dois anos após a data de validação da DA, acompanhadas do relatório de verificação do sistema de gestão ambiental. Em casos excepcionais e devidamente fundamentados, podem ser aceites as actualizações de DA validadas no máximo com dois meses de atraso à data prevista, implicando o não cumprimento dos prazos previstos a suspensão do registo até à resolução da situação, tendo como data limite a próxima data de manutenção (*caso ainda esteja dentro do período dos três anos de validade do registo*) ou de renovação (*se o prazo dos três anos estiver a terminar*).

Findo esse prazo dar-se-á início ao procedimento de cancelamento de registo¹⁶².

Por outro lado, as organizações registadas no EMAS *devem solicitar* a renovação do seu registo através de um procedimento em tudo semelhante ao procedimento de registo inicial, regendo-se pois pelos mesmos requisitos e condições. Esse pedido de renovação deve ser instruído com cópia da DA, validada por um verificador acreditado para o efeito, e com os demais elementos exigidos pela APA. Uma vez autorizada a renovação, esta terá um prazo máximo de 36 meses, contados da data da validação da DA.

A APA pode, designadamente, recusar o registo se a DA não apresentar o conteúdo mínimo definido no ponto 3.2. do Anexo III do REMAS II, se receber um parecer

¹⁶² Os desvios à frequência com que as actualizações devem ser realizadas apenas pode operar nas circunstâncias previstas na Recomendação da Comissão n.º96/280/CE e desde que não ocorram alterações operacionais no sistema de gestão ambiental.

desfavorável do organismo nacional de acreditação relativamente à acreditação do verificador ambiental em causa, se for informada pelas autoridades competentes ou pelas ECL de situações de infracção relativamente ao cumprimento de legislação ambiental por parte da organização em causa ou, ainda, se a organização candidata não tiver procedido à liquidação da taxa devida. Ocorrendo a recusa de pedido de registo no EMAS, a organização candidata pode solicitar novo pedido de registo, desde que haja resolvido as questões que sustentaram a recusa inicial.

A suspensão apenas se aplica a organizações que se encontrem já registadas no EMAS. Entre outras situações, pode ser determinada, após audiência dos interessados, sempre que a organização *não apresente as actualizações da DA validadas anualmente, não proceda à liquidação da taxa anual, não proceda ao pedido de renovação nos prazos estabelecidos*, se a APA receber um relatório de supervisão do organismo nacional de acreditação que demonstre que o verificador não executou as suas actividades de forma a assegurar o cumprimento do disposto no REMAS II ou, ainda, se ocorrerem incumprimentos no decorrer do ano que sejam detectados pelo verificador no âmbito das auditorias de acompanhamento ou pelas autoridades competentes ou ECL. Uma vez determinada a suspensão, ela apenas pode ser levantada *quando a organização evidenciar perante a APA que dirimiu as questões que levaram à abertura do procedimento de suspensão e à efectivação desta, bem como evidenciar a eventual implementação de medidas preventivas*. Durante o período de suspensão, a organização não pode utilizar o logótipo nem a bandeira EMAS.

Finalmente e como já antes referimos, o cancelamento pressupõe a retirada definitiva de uma organização do registo EMAS e a consequente perda do número de registo, podendo ocorrer em situações de inexistência da estrutura da organização registada, de manifestação de vontade da própria organização no sentido de não querer continuar registada no EMAS ou, ainda, se a organização em causa, tendo o seu registo suspenso e findo o prazo que lhe haja sido concedido no âmbito da audiência dos interessados, *não tiver dado resposta ou não tiver resolvido as questões que levaram à suspensão do registo*.

b) Em segundo lugar, diríamos que existe ainda no REC e no EMAS, para além dos actos administrativos referidos na conclusão anterior, um universo significativo de actuações administrativas informais (*as quais, como analisámos antes, podem ter lugar antes, durante ou depois da prática dos actos administrativos referidos na conclusão anterior*) que, fruto da nossa adesão à concepção ampla de acto administrativo, entendemos ser possível reconduzir a uma categoria de actos administrativos não reguladores ou actos administrativos informais.

ABREVIATURAS:

REC - rótulo ecológico comunitário

EMAS – eco-management and audit scheme

SCARE I – (antigo) Sistema Comunitário de Atribuição do Rótulo Ecológico (criado em 1992 e já revogado).

SCARE II – (novo) Sistema Comunitário de Atribuição do Rótulo Ecológico criado em 2000 e actualmente em vigor (revogou o SCARE I).

RARE – Regulamento (em vigor) relativo à atribuição do rótulo ecológico.

CREUE - Comité do Rótulo Ecológico da União Europeia, instituído pela Decisão da Comissão n.º2000/730/CE de 10 de Novembro de 2000.

EM – Estados-Membros

REMAS II - Regulamento do eco-management and audit scheme (CE) n.º761/2001, de 19 de Março (em vigor) e que sucedeu ao EMAS que havia sido criado pelo Regulamento (CEE) n.º1836/93 do Conselho de 29 de Junho de 1993 e já revogado.

ECL - entidade coordenadora de licenciamento

DA – declaração ambiental

BIBLIOGRAFIA

Blanca Lozano Cutanda, *Derecho Ambiental Administrativo*, Dykinson, 9.^a edição revista e actualizada, 2008.

Carla Amado Gomes, *Contributo para o estudo das Operações Materiais da Administração Pública e do seu controlo jurisdicional*, Coimbra Editora, 1999.

Carla Amado Gomes, *Contributo, "As operações materiais administrativas e o Direito do Ambiente"*, Edições da A.A.F.D.L., Lisboa, 1999.

Carla Amado Gomes, *Estado social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes*, in *Scientia Iuridica*, Tomo LVII, 2008, n.º314.

Dario Barbieri e Edoardo Ongaro, *Les agences de l'EU: points communs et différences avec les agences publiques agissant ao niveau national*, in *Revue Internationale des Sciences Administratives*, volume 74, n.º3, Septembre, 2008.

Eberhard Schmidt-Assmann, *La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema, Objeto y fundamentos da la construcción sistemática*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2003.

Eberhard Schmidt-Assmann, *Le modèle de l'administration compose et le rôle du droit administratif européen*, título original *Der Europäische Verwaltungsverbund und die rolle des Europäischen Verwaltungsrechts*, in *Revue Française de Droit Administratif*, n.º6, Novembre-Décembre 2006.

Filipa Urbano Calvão, *«Os actos precários e os actos provisórios no Direito Administrativo»*, Edição da Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998.

J.J. Gomes Canotilho *Privatismo, Associativismo e Publicismo na Justiça Administrativa do Ambiente*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 123.º, n.º3857.

J.J. Gomes Canotilho, *"Democracia e Ambiente: em torno da formação da "Consciência ambiental"*, in «CEDOUA – Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente, n.º1/98.

J.J. Gomes Canotilho, *in* Lições de Direito Público do Ambiente, Curso de Pós-Graduação promovido pelo CEDOUA e pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1995/96.

João Loureiro – *Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência*, *in* Estudos em Homenagem do Prof. Rogério Erhardt Soares, AAVV, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

Julia Ortega Bernardo, *Elementos de la Unión Administrativa Europea en materia de protección del medio ambiente: la Agencia Europea del Medio Ambiente e la Red Europea de Información Ambiental*, *in* La Unión administrativa europea, coord. Francisco Velasco Caballero/Jens- Peter Schneider, 2008, Marcial Pons.

José Carlos Vieira de Andrade, *Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de “acto administrativo” no nosso tempo*, *in* Estudos em Homenagem do Prof. Rogério Erhardt Soares, AAVV, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

Luís Filipe Colaço Antunes, *“O Direito Administrativo sem Estado, Crise ou fim de um paradigma?”* Coimbra Editora, Outubro, 2008,

Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos; *Direito Administrativo Geral, Tomo I, Introdução e princípios fundamentais*, segunda Edição, 2006.

Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos; *Direito Administrativo Geral, Actividade Administrativa*, Tomo III, Primeira Edição, Fevereiro, 2007.

Marcos Almeida Cerreda, *La construcción del Derecho Administrativo Europeo*, *in* Scientia Iuridica, Tomo LVII, 2008, n.º314.

Maria da Glória Garcia, *Direito das Políticas Públicas*, Edições Almedina, Março, 2009.

Martin Schulte, *Actuación administrativa informal como instrumento de protección estatal del medio ambiente y de la salud*, *in* Documentación Administrativa, n.ºs 235/236, Julho/Dezembro, 1993.

Matthias Ruffert, *De la europeización del derecho administrativo a la Unión Administrativa Europea*, *in* La Unión administrativa europea, coord. Francisco Velasco Caballero/Jens- Peter Schneider, 2008, Marcial Pons.

Oriol Mir Puigpelat, *La Codificación del procedimiento administrativo en la Unión Administrativa Europea*, in *La Unión administrativa europea*, coord. Francisco Velasco Caballero/Jens- Peter Schneider, 2008, Marcial Pons.

Paulo Otero – *Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003.

Pedro Gonçalves, *Advertências da Administração Pública*, in *Estudos em Homenagem do Prof. Rogério Erhardt Soares*, AAVV, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

Pedro Lomba, *Problemas da actividade administrativa informal*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra Editora, 2000, vol. XLI, n.º2.

Pedro Machete, in *Estado de Direito Democrático e Administração Paritária*, Coleção Teses, Edições Almedina, Maio, 2007.

Ramón Martín Mateo, *Manual de Derecho Ambiental*, Edição Thomson Aranzadi, 3.ª Edição, revista e ampliada, 2003.

Rogério Soares, *Direito Administrativo*, Lições policopiadas, Coimbra, 1978.

Sérvulo Correia, *Noções de Direito Administrativo*, Lisboa, 1982.

Sérvulo Correia, *Acto administrativo e âmbito da jurisdição administrativa*, in *Estudos em Homenagem do Prof. Rogério Erhardt Soares*, AAVV, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

Shmidt-Aßman, *Recenti Sviluppi del Diritto Amministrativo Generale in Germania*, in *Diritto Pubblico*, 1997.

Suzana Tavares da Silva, *Actuações Urbanísticas Informais e “Medidas de Diversão em matéria de Urbanismo”*, in «CEDOUA – Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente; n.º5, Ano III, 1.00.

Suzana Tavares da Silva “*Actuações informais da Administração – Verdade ou Mito?*”, Dissertação de Mestrado apresentada em Coimbra, 1998 (obra não publicada).

Ulrich Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, ed. Suhrkamp, sv 1986, n.º365.

Vasco Pereira da Silva, *“2001: Odisseia no espaço conceptual do acto administrativo”*, publicado nos Cadernos de Justiça Administrativa, n.º28, Julho/Agosto, 2001.

Vasco Pereira da Silva, *Verde Cor de Direito - Lições de Direito do Ambiente*, Almedina, Coimbra, 2002.

Vasco Pereira da Silva, *Em busca do Acto Administrativo Perdido*, Colecção Teses, Edições Almedina, Fevereiro, 2003.

Vasco Pereira da Silva, *“O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise – Ensaio sobre as acções no novo processo administrativo”*, Edições Almedina, Novembro, 2005.

Vasco Pereira da Silva, *“Ventos de Mudança no Direito do Ambiente, A Responsabilidade Civil Ambiental”*, extraído do texto que corresponde à versão escrita da intervenção realizada no Colóquio sobre «As novidades legislativas no Direito do Ambiente», organizado pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, que teve lugar na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 14 de Novembro de 2008.

[voltar ao índice ▲](#)

[início do texto ▲](#)

A GESTÃO INTEGRADA DAS ÁGUAS SUBTERRÂNEAS: O DIREITO COMPARADO A PARTIR DA ANÁLISE DO AQUÍFERO GUARANI NO BRASIL E DA DIRECTIVA-QUADRO DA ÁGUA EM PORTUGAL

Janaína Rigo Santin¹

Thaís Dalla Corte²

Considerações Iniciais

A água é essencial para a dinâmica da vida. É um recurso natural, renovável e em escassez. A maior parte de água doce disponível para o consumo é subterrânea, ou seja, as reservas de água doce subterrânea mundial são maiores do que as superficiais. Entretanto, tal afirmação ainda é desconhecida por grande parte da população. Faltam consciência e gerenciamento adequado para que a utilização das águas ocorra de forma sustentável.

Com o passar dos anos, houve um aumento da utilização dos recursos subterrâneos para o abastecimento das cidades, como uma alternativa ante a poluição e a falta de águas superficiais. Dessa forma, a melhor qualidade e o baixo custo são algumas das vantagens da utilização dos recursos hídricos do subsolo. Em contrapartida, o seu reabastecimento é lento, bem como a sua extração é mais difícil em decorrência da profundidade, entre outros.

Do total de água disponível no planeta, 97,5% é salgada. Assim, apenas os outros 2,5% restantes são água doce. E, por sua vez,

Do total de volume de água doce, somente 0,3% estão em rios e lagos, ou seja, é de fácil acesso para a população. A água subterrânea corresponde a 29,9% do volume de água doce. O restante da água doce está em locais de difícil acesso,

¹ Pós Doutoranda em Direito pela Universidade de Lisboa, sob a orientação do Dr. Vasco Pereira da Silva, bolsista CAPES processo n. 5199.09.3. Doutora em Direito pela UFPR, Mestre em Direito pela UFSC, Advogada, Professora da Faculdade de Direito e do Mestrado em História da Universidade de Passo Fundo-RS. E-mail: janainars@upf.br

² Acadêmica do VII semestre do curso de Direito da Universidade de Passo Fundo e bolsista PIBIC/CNPq. Nº. do processo: 107169/2005-3. E-mail: tha_dallacorte@hotmail.com

principalmente nas calotas polares e geleiras (68,9%) e, ainda, em solos gelados, umidade do solo, pântanos, entre outros (0,9%). Portanto, 98,7% correspondem à parcela de água doce subterrânea, e apenas 0,9% corresponde ao volume de água doce superficial (rios e lagos), diretamente disponível para o consumo humano. (GUIMARÃES, 2007, p. 16).

Para agravar a situação dos recursos hídricos disponíveis para o consumo, tanto as águas superficiais quanto as subterrâneas são más distribuídas na superfície terrestre.³ O Brasil possui uma situação privilegiada em relação à disponibilidade de água: detém 13,7% de toda a água doce do mundo. Contudo, a sua distribuição é irregular. Por exemplo, “a região amazônica abriga 74% da disponibilidade de água [do Brasil], no entanto, é habitada por menos de 5% da

³ Para melhor definição dos conceitos aqui utilizados, trar-se-á o disposto na legislação comunitária europeia, da Directiva-Quadro da Água, em seu artigo 2. “1. Águas de superfície: as águas interiores, com excepção das águas subterrâneas, das águas de transição e das águas costeiras, excepto no que se refere ao estado químico; este estado aplica-se também às águas territoriais. 2. Águas subterrâneas: todas as águas que se encontram abaixo da superfície do solo na zona de saturação e em contacto direto com o solo ou o subsolo. 3. Águas interiores: todas as águas lânticas ou correntes à superfície do solo e todas as águas subterrâneas que se encontram entre terra e a linha de base a partir da qual são marcadas as águas territoriais. 4. Rio: uma massa de água interior que corre, na maior parte da sua extensão, à superfície da terra, mas que pode correr no subsolo numa parte de seu curso. 5. Lago: uma massa de água lântica superficial interior. 6. Águas de transição: massas de águas de superfície na proximidade da foz dos rios, que têm um carácter parcialmente salgado em resultado da proximidade de águas costeiras, mas que são significativamente influenciadas por cursos de água doce. 7. Águas costeiras: as águas de superfície que se encontram entre terra e uma linha cujos pontos se encontram a uma distância de uma milha náutica, na direcção do mar, a partir do ponto mais próximo da linha de base a de delimitação das águas territoriais, estendendo-se, quando aplicável, até ao limite exterior das águas de transição. 8. Massa de água artificial: uma massa de água criada pela actividade humana. 9. Massa de água fortemente modificada: uma massa de água que, em resultado de alterações físicas derivadas da actividade humana, adquiriu um carácter substancialmente diferente, e que é designada pelo Estado-Membro nos termos do anexo II. 10. Massa de águas de superfície: uma massa distinta e significativa de águas de superfície, como por exemplo um lago, uma albufeira, um ribeiro, rio ou canal, um troço de ribeiro, rio ou canal, águas de transição ou uma faixa de águas costeiras. 11. Aquífero: uma ou mais camadas subterrâneas de rocha ou outros estratos geológicos suficientemente porosos e permeáveis para permitirem um fluxo significativo de águas subterrâneas ou a captação de quantidades significativas de águas subterrâneas. 12. Massa de águas subterrâneas: um meio de águas subterrâneas delimitado que faz parte de um ou mais aquíferos. 13. Bacia hidrográfica: a área terrestre a partir da qual todas as águas fluem, através de uma sequência de ribeiros, rios e eventualmente lagos para o mar, desembocando numa única foz, estuário ou delta. (...) 14. Região hidrográfica: a área de terra e de mar constituída por uma ou mais bacias hidrográficas vizinhas e pelas águas subterrâneas e costeiras que lhes estão associadas, definidas nos termos do n. 1 do art. 3. como a principal unidade para a gestão das bacias hidrográficas (...)”. (SILVA; MIRANDA, 2004, p. 76-79).

população”. Ou seja, a maior abundância é encontrada nas regiões de menor concentração populacional e atividades econômicas. (BRUNONI, 2008, p. 84).

Segundo Freitas,

No nordeste a falta de água é crônica. No Sudeste ela é abundante, porém de má qualidade. A invasão de áreas de mananciais hídricos pela população carente é um dos maiores problemas de São Paulo. Os dejetos industriais lançados ao rio Paraíba do Sul tornam precária a água que abastece o Rio de Janeiro e outras cidades. Falta água para irrigar os arrozais do Rio Grande do Sul. A Amazônia, em 2005, enfrentou sua pior seca causada por um aquecimento fora do normal nas águas do Atlântico Norte, deixando comunidades sem água e sem alimento. [...] (2008, p. 18-19).

Até 2025, prevêem as Nações Unidas que um terço dos países do mundo terão o seu desenvolvimento freado pela falta de água. Pesquisas recentes têm alertado que se forem mantidos os usos abusivos da água, “mais de 45% da população mundial não poderá contar com a quantidade mínima de água para o consumo diário em 2050. Estima-se que atualmente exista mais de um bilhão de pessoas sem acesso à água potável”. (BRUNONI, 2008, p. 83)

As várias regiões da Europa sofrem problemas diferentes. Nalgumas regiões o principal problema está associado à qualidade da água afectada pela poluição provocada pela actividade industrial. Noutras, a principal preocupação resulta da quantidade insuficiente ou irregular da área. No caso dos países da Europa meridional, a redução da quantidade de água assume maior importância do que para outros países. A situação que se verifica na Península Ibérica ilustra este ponto. Aqui a situação é de pronunciado desequilíbrio entre os recursos hídricos existentes nas regiões do Norte e nas do Sul, com grandes diferenças de precipitação. Sucessivos anos de reduzida precipitação provocaram o quase esgotamento das reservas de água nas regiões do Sul de Portugal e de Espanha, com enormes repercussões em termos económicos e sociais, chegando a

determinar a redução em termos nunca antes experimentados do fornecimento de água aos habitantes daquelas regiões. A questão dos recursos hídricos, a sua utilização e disponibilidade tornou-se assunto de quase permanente discussão nestas regiões. (GUIMARÃES, 1997, p. 14)

Sereno classifica a Península Ibérica como uma zona semiárida, exceto nas regiões cantábrica e no noroeste. A precipitação média anual é bastante irregular tanto no tempo quanto no espaço, estando em Portugal em 1000 mm e na Espanha em 670 mm. (SERENO, 2004, p. 12)

Ou seja, em Portugal, segundo a Associação Nacional de Conservação da Natureza - QUERCUS (2009), os recursos hídricos também possuem uma distribuição irregular. As principais causas são o clima (que afeta as precipitações) e a geologia (a qual não dá o necessário suporte para o armazenamento de água superficial). O clima de Portugal é o Mediterrâneo com quatro estações definidas no ano, sendo caracterizado por possuir verões quentes e secos, bem como invernos suaves. Todavia, a variação da temperatura e a duração da estação dependem das diferentes regiões.

A temperatura e a duração da estação seca aumentam de Norte para Sul e de Oeste para Este, enquanto que a precipitação se concentra nas áreas próximas do litoral, nas terras altas e nas fachadas expostas aos ventos oceânicos. Nas áreas onde a temperatura é mais elevada, a evaporação é também mais elevada, reflectindo-se numa menor disponibilidade de água. (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE CONSERVAÇÃO DA NATUREZA – QUERCUS, 2009)

Em relação à geologia portuguesa, o armazenamento das águas depende da composição das rochas. Quando as rochas são resistentes, as águas superficiais tendem a ser profundas e de grande força. Já, quando as rochas são calcárias, a formação de reservas de água subterrânea é privilegiada. Portanto, a geologia também determina a variação da disponibilidade de água no país. De forma geral,

[...] no Maciço Antigo a água escorre à superfície destas rochas relativamente resistentes, formando vales cavados e profundos onde correm rios caudalosos com grande força erosiva [...]; no sul, o Maciço Antigo assume a forma de planícies e as redes hidrográficas espalham-se mais superficialmente. Nas áreas [...] de rocha calcária, [...], a água à superfície infiltra-se e origina aquíferos e rios subterrâneos, esculpindo grutas e reaparecendo à superfície através de exurgências (nascentes). O Maciço Calcário Estremenho, no centro litoral do país, constitui a maior unidade cálcica do território português, onde as rochas são esculpidas pela água que se infiltra pelas fissuras, construindo lentamente as grutas calcárias. À superfície, a água escasseia, o solo é pobre, a vegetação esparsa e a rocha nua predomina, consequência inevitável da fuga da água para as profundezas. (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE CONSERVAÇÃO DA NATUREZA-QUERCUS, 2009).

A água subterrânea é encontrada em todo mundo. Entretanto, a sua extração não é possível em todas as localidades em razão da profundidade, das condições de precipitação e da distribuição dos aquíferos. Por sua vez, a renovação das águas subterrâneas não ocorre na mesma velocidade que as águas superficiais. Logo, se essas águas forem utilizadas indiscriminadamente, além da sua capacidade de recarga, as reservas se esgotarão. O uso das águas subterrâneas pode ser indefinido desde que a sua extração obedeça à quantidade das recargas e não sejam poluídas, obtendo-se tais informações mediante estudos técnicos. (BRILHA; SÁ, 2009, p.03).

Convém destacar que não apenas os recursos hídricos superficiais sofrem com contaminação. A água subterrânea, apesar de ser mais difícil de ser contaminada, também está sendo degradada, ainda que em escala menor do que a superficial. Os recursos hídricos subterrâneos possuem uma cobertura protetora (dos solos e rochosa) que dificulta a sua poluição. Mas tal proteção não tem sido um obstáculo difícil de ser burlado. A contaminação acaba ocorrendo pelas áreas de fissura e recarga. (VIEGAS, 2005, p. 65-68).

Nesse contexto, deve-se investir cada vez mais na gestão e na proteção dos recursos hídricos subterrâneos, pois são importantes reservas de água doce para o futuro e fontes primordiais para o abastecimento durante os períodos de estiagem. Quando contaminadas, demoram milhares de anos para se renovarem. Além do processo de descontaminação ser economicamente oneroso, em alguns casos, somente o abandono completo da utilização do reservatório de água subterrânea por um longo tempo soluciona o problema da poluição. (BRILHA; SÁ, 2009, p.08). Por isso, a sua extração e consumo precisam de um gerenciamento consciente, integrado e participativo, que deve ir além das fronteiras nacionais.

1 As águas subterrâneas no Brasil: conhecimentos gerais, legislação e o Aquífero Guarani

No Brasil, as águas superficiais são mais exploradas do que as subterrâneas. As indústrias são as maiores utilizadoras das águas dos aquíferos, em especial no estado de São Paulo, em que 90% de suas indústrias tem abastecimento total ou parcial por poços artesianos. E, apesar de possuir qualidade e quantidade superior, os recursos hídricos subterrâneos recebem menos cuidados do que os superficiais. Entretanto, o país deveria ser modelo na regulamentação e gestão quando se trata de águas subterrâneas: dois terços do maior reservatório transfronteiriço de água doce do mundo, o Aquífero Guarani, também conhecido como Botucatu, encontra-se sobre o seu território, envolvendo os Estados de Minas Gerais, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Goiás, São Paulo, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul. Abrange ainda os seguintes países: Paraguai, Argentina e Uruguai. (FREITAS, 2008, p. 27). O volume de água presente no aquífero Guarani teria capacidade “para atender à demanda de uma população de 360 milhões de pessoas ou a população do Brasil por 3.500 anos”. (GRAF, 2008, p. 69).

Segundo a Associação Brasileira de Águas Subterrâneas, os recursos hídricos subterrâneos, com uma extensão de 10.360.230 km³, “são aproximadamente 100 vezes mais abundantes que as águas superficiais dos rios e lagos”, cujas reservas são apenas de 92.168 km³. (ABBAS, 2010, p. 09). Assim, as

águas subterrâneas são maiores do que as superficiais no país. Entretanto, tais dados são desconhecidos pelo povo e pela administração pública: “ao contrário da imaginação popular, gerada pela visão que tem do ‘Planeta Azul’, [...] a maior parte da água doce está no subsolo, é subterrânea”. (GUIMARÃES, 2007, p. 17).

Com a poluição dos recursos hídricos superficiais, a demanda dos subterrâneos vem aumentando. Assim, a água subterrânea está em perigo. Além do crescente consumo, as reservas estão sendo degradadas por diversos fatores. Ganham destaque a falta de conhecimento e de consciência da população que ocupa as áreas de fissuras e recarga dos aquíferos. Nota-se que os Planos Diretores municipais ainda são pouco eficientes na gestão dos recursos hídricos e, na maioria dos casos, pouco dispõem sobre as águas subterrâneas. Da mesma forma, o aumento da população, as modificações do uso da terra, a falta de investimentos em políticas públicas de saneamento básico e em estudos técnicos sobre a qualidade e disponibilidade das águas subterrâneas, entre outros, são fatores que contribuem para agravar a problemática aqui apontada.

O Brasil, até o advento da Constituição Federal de 1988, deu pouca atenção à importância dos recursos hídricos no contexto social. Prova disso é que o próprio Código de Águas de 1934, considerado um marco legal, tratava dos recursos hídricos como privados. Também, o Código Civil de 1916, por ter o direito de propriedade como pleno, regulamentava as águas como bens privados, tanto as superficiais quanto as subterrâneas. Os proprietários podiam dispor desse bem tão importante conforme a sua vontade, desde que não causassem prejuízos à vizinhança. Tal realidade só se modificou – ganhando a água posição de bem público, comum e limitado – com a promulgação da Carta Magna de 1988. Ainda, a Constituição em seu artigo 225 inovou ao impor ao poder público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. (HENKES, 2009). Assim, conforme artigo 26, I da Magna Carta, são considerados bens dos Estados as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes ou em depósito. Já os rios e lagos internacionais ou que banhem mais de um Estado passam ao domínio da União (CF art. 20, III). Acaba-se, assim, com as

águas particulares ou comuns anteriormente previstas no Código Civil e Código das Águas.

Há ainda outras leis regulamentam as águas subterrâneas no direito brasileiro. Ganham destaque: a) a Lei 9.433/97, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, também chamada de Lei das Águas; b) a Lei 9.984/2000, que cria a Agência Nacional de Águas (ANA); c) a Lei 10.257/01, chamada de Estatuto da Cidade; d) e a Lei 11.445/07, a qual estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico.

A Lei 9.433/97, também chamada de Lei das Águas, estabelece a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH), a qual tem por objetivo a gestão integrada e participativa das águas no país. E dispõe, em seu artigo 1, inciso I, que “a água é um bem de domínio público”. No comentário desta lei, Granziera (2006, p. 120) afirma que “o Código das Águas estabeleceu uma política de recursos hídricos bastante avançada para a época e muito bem-estruturada. (...) foi o primeiro instrumento legal a tratar das águas sob o prisma do Direito Público.”

Dessa forma, qualquer pessoa pode utilizar-se da água, desde que observe as normas administrativas vigentes. Entretanto, “se um bem público de uso comum é usado privativamente, em benefício de alguém, que subtrai a possibilidade de outros o utilizarem, é necessário um título jurídico conferido pela Administração, que fixe as respectivas condições e limites.” (GRANZIERA, 2006, p. 179). Logo, um dos instrumentos de maior destaque da Política Nacional de Recursos Hídricos é a outorga dos direitos de uso de recursos hídricos, prevista no art. 5º, inc. III da referida lei. É através da outorga que se possibilita a um interessado o direito de usar a água de maneira privada, com o controle da qualidade, da quantidade e do acesso à água, a fim de que sejam garantidos a toda população. Para tanto, a outorga do uso dos recursos hídricos deve ter como premissa o interesse público sobre o privado, pois a água é bem de domínio público.

Segundo a Agência Nacional de Águas (2009) a outorga deve ser entendida como

O ato administrativo mediante o qual o poder público outorgante (União, Estado ou Distrito Federal) faculta ao outorgado (requerente) o direito de uso de recurso hídrico, por prazo determinado [e mediante contraprestação de cobrança pelo uso], nos termos e nas condições expressas no respectivo ato administrativo.

A Agência Nacional de Águas, autarquia sob regime especial, com autonomia administrativa e vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, tem a finalidade de implementar, em sua esfera de atribuições, a Política Nacional dos Recursos Hídricos, e através de Resoluções, é a responsável pelas outorgas de recursos hídricos da União. Está regulamentada pela Lei 9.984/2000. E, objetivando estipular critérios sobre o controle de qualidade da água, editou-se o Decreto 5.440/2005, que “estabelece definições e procedimentos sobre o controle de qualidade da água de sistemas de abastecimento e intitui mecanismos e instrumentos para divulgação de informação ao consumidor sobre a qualidade da água para consumo humano, sendo que todas as diretrizes constantes do Decreto são de adoção obrigatória em todo o território nacional”. (FREITAS, 2008, p. 21)

Logo, as águas superficiais e subterrâneas estaduais e do Distrito Federal são de responsabilidade das autoridades competentes pelo gerenciamento dos recursos hídricos no Estado, conforme o art. 14 da Lei 9.433/97. Já, o §1º do referido artigo faz exceção a essa regra, dispondo que a União poderá delegar aos Estados e ao Distrito Federal a competência para a concessão de outorga de direito de uso de recurso hídrico de domínio da União. Para tanto, os Estados e o Distrito Federal devem ser dotados de condições administrativas que lhe permitam executar de forma eficiente as outorgas. (GRANZIERA, 2006, p. 166-168 e SILVA; PRUSKI, 2000, p. 192).

Assim, não podem ser as unidades federativas obrigadas a prestar as outorgas por delegação, bem como a União não fica isenta de responsabilidade. Ela é co-responsável pela observância das normas da outorga de direitos de uso de recursos hídricos. (SILVA, PRUSKI; 2000, p. 192).

Os municípios, por suas vez, não são responsáveis pelas outorgas, segundo o artigo 23, inc. XI da Constituição Federal de 1988. Porém, são competentes “para

registrar, acompanhar e fiscalizar a exploração de recursos hídricos em seus territórios [...] mesmo que, por exemplo, se trate de verificar a existência de outorga na captação de água subterrânea, embora quem a conceda seja o Estado”. (VIEGAS, 2009). Da mesma forma, conforme determina a Portaria 518/04 do Ministério da Saúde, compete ao Município a vigilância sobre a potabilidade da água, mesmo estando o serviço a cargo de companhia estadual. Afinal, trata-se de assunto de saúde pública, e a gestão da saúde foi municipalizada com a Constituição de 1988. Por fim, salienta-se a normatização do meio ambiente natural e construído pelo Plano Diretor Municipal, através do qual mostra-se possível a municipalidade regular, por exemplo, os usos de cada local da cidade, ou seja, onde poderão ser instalados empreendimentos potencialmente poluentes, bem como regular e suplementar a legislação federal no que tange à extração de águas subterrâneas por poços artesianos, a fim de que não comprometam a potabilidade do lençol freático.

A outorga dos recursos hídricos é necessária para um melhor aproveitamento e gestão, pois a água é um recurso finito e de diversos usos. Ela pode ocorrer entre as administrações, ou entre essas e seus particulares. O direito de uso de recurso hídrico se dá mediante contraprestação. Para todos os entes federativos, os requisitos para a fixação da cobrança estão previstos no artigo 19 da Lei 9.433/97. Entretanto, para a União e o Distrito Federal a contraprestação é única; nos Estados, pode variar. Além do que, sempre que a água for usada pela Administração Pública não haverá contraprestação. O órgão responsável na União pela cobrança é a Agência Nacional de Águas (ANA). Já, os Estados devem criar os seus órgãos cobradores. (SILVA; PRUSKI, 2000, p. 182).

A outorga do uso dos recursos hídricos pode ser suspensa e modificada. Em relação a esta é pacífico que “o Poder Público não pode arbitrariamente alterar a outorga, mas pode modificá-la motivadamente, de acordo com o interesse público”. (SILVA; PRUSKI, 2000, p. 182). Já quanto aquela, o direito de uso das águas pode ser suspenso de forma total ou parcial, em definitivo ou por prazo determinado, observando as circunstâncias do artigo 16. Convém ressaltar que o processo de

suspensão administrativo admite contraditório e ampla defesa em observância do que dispõe o art. 5º, incs. LIV e LV da Constituição Federal de 1988.

Dependem da outorga do direito de uso da água as situações elencadas no artigo 12 da Lei 9.433/97. A falta dessa outorga constitui infração das normas de utilização de recursos hídricos superficiais ou subterrâneos, ficando sujeito as penalidades previstas no art. 49 da Lei 9.433/97. Porém, existem usos que não dependem de outorga, previstos no artigo 12, §1º da referida lei. Entre eles, pode-se destacar: satisfação das necessidades de pequenos núcleos populacionais no meio rural; derivações, captações e lançamentos insignificantes; acumulação de volumes de águas insignificantes. Mas, cumpre destacar que a desnecessidade de outorga não deve ser confundida com a definição de águas particulares, as quais foram extintas com o advento da Constituição Federal de 1988.

Na sequência, analisa-se o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01), que tem por objetivo o desenvolvimento local de forma sustentável, por meio dos instrumentos de política urbana ali previstos. Ganha destaque, entre eles, o Plano Diretor (art. 40), o qual é o instrumento básico para reger a política de desenvolvimento e expansão nos municípios. Porém, o Plano Diretor é um instrumento de gestão dos solos e não, especificamente, de gerenciamento de águas. Entretanto, importantes regulamentações sobre os usos das águas são encontradas entre as suas disposições, pois é a partir da relação equilibrada entre gestão dos solos e das águas que o direito a cidades sustentáveis será garantido.

O Plano Diretor permite que cada município observe as suas especificidades na formulação e edição, como também faz com que o cidadão possua um papel mais ativo, agindo de forma integrada com o Poder Público mediante sua proposta de Plano Diretor Participativo e gestão democrática municipal. Entretanto, o que se observa na prática é que poucas são as regulamentações sobre águas encontradas nos Planos Diretores. Grande parte da população, bem como dos gestores públicos, ainda não despertaram para a importância do uso sustentável dos recursos hídricos, bem como de sua escassez. Tal falta de conscientização encontra-se refletida nos Planos Diretores, que simplesmente omitem o assunto. Assim, a

sociedade e o Poder Público possuem a mesma parcela de responsabilidade nessa política ineficiente de gestão integrada das águas em âmbito local. As soluções para tal problema passam por maiores investimentos em políticas públicas, educação ambiental e conscientização.

Por sua vez, também regulamenta o uso das águas subterrâneas no Brasil a recente Lei Federal 11.445/07, a qual estabelece diretrizes para as questões de saneamento básico no país. Tal lei determina em seu artigo 45 parágrafo 1, que nas localidades em que não existir o serviço público de abastecimento de água e de destinação final dos esgotos sanitários, poderá o usuário utilizar de soluções alternativas para o suprimento deste serviço essencial. Dentre elas está a perfuração de poços artesianos para utilização de águas subterrâneas.

Veja-se que, por este dispositivo legal, a perfuração de poços artesianos trata-se de medida de exceção, somente para naquelas situações em que não há abastecimento por rede pública. Por sua vez, os projetos e construções de poços, os quais captam águas subterrâneas para abastecimento, devem obedecer às normas da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas), bem como as respectivas legislações municipais. Todas essas regulamentações devem ser respeitadas para que a qualidade e quantidade dos recursos hídricos subterrâneos sejam preservados, com vistas a sua sustentabilidade. O problema é que em inúmeras cidades percebe-se a perfuração de poços artesianos e utilização das águas subterrâneas indevidamente, mesmo com a existência de rede pública de distribuição de águas, o que pode acabar por poluir as águas subterrâneas.

Ademais, ao construir poços – muitas vezes irregulares – potencialmente (ou efetivamente) poluidores dos aquíferos subterrâneos, o usuário dificilmente incidirá nas sanções (administrativas ou penais) correspondentes, dada a impossibilidade de atribuir a poluição a este usuário. A vinculação à rede pública de abastecimento de água, sem o uso de fontes alternativas, é instrumento legal que visa efetivar a responsabilidade ambiental, uma vez que, havendo poluição das águas, o único causador possível é a concessionária dos serviços. O Ministério da Saúde estabelece padrões rígidos de qualidade para que a água seja considerada

potável. Quaisquer valores inferiores aos estabelecidos pelo órgão competente podem produzir graves doenças em quem a consumir, devendo ser responsabilizada a concessionária do serviço público, não apenas individualmente, mas coletivamente, por tratar-se de lesão a direito difuso. A utilização de fontes alternativas à rede pública dificulta a constatação deste nexo causal, entre a água com níveis aquém dos mínimos legais e a (in) atividade da concessionária pública. (LE MOS, 2009, p. 284)

As águas subterrâneas não devem ser utilizadas como fonte principal. Por não se recarregarem de forma rápida, acabam utilizadas de forma desnecessária e acima da sua capacidade, o que gera a exaustão dos lençóis freáticos. Assim, elimina-se uma potencial fonte de água. A extração de água subterrânea deveria estar sujeita a licenciamento sempre que a sua exploração ocorresse em larga escala e profundidade.

Essas regras surgem do fato de que toda construção deve ser ligada à rede pública de abastecimento de água, a fim de que a saúde, o meio ambiente equilibrado e a dignidade da pessoa humana sejam assegurados. Entretanto, tal situação se encontra distante da realidade do país. Segundo informações da Organização De Olho nos Mananciais (2009), “no Brasil, mais de 14 milhões de pessoas não têm acesso a redes de distribuição de água e a contaminação dos mananciais é crescente”.

Nesse ponto a legislação portuguesa é muito eficiente. Desde 1994, com a edição do Decreto-Lei nº. 46, a extração de água subterrânea está sujeita a licenciamento. Os requisitos previstos no art. 19 do referido Decreto são: potência acima de cinco c.v.; furo ou poço com profundidade superior a vinte metros; contrato de concessão, nos casos definidos no próprio D.L. (esse assunto será desenvolvido no próximo item).

Por fim, o licenciamento ambiental é previsto na Lei Federal brasileira n.º 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. É através do licenciamento que se avaliam os impactos que podem ocorrer no meio ambiente natural pela “construção, instalação e funcionamento de atividades utilizadoras de

recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental” (art. 10). Tais empreendimentos dependerão de prévio licenciamento do órgão estadual competente. Nesse sentido, a Fundação Estadual de Proteção Ambiental (FEPAM, 2009) do Estado do Rio Grande do Sul, conceitua o licenciamento ambiental:

O procedimento administrativo realizado pelo órgão ambiental competente, que pode ser federal, estadual ou municipal, para licenciar a instalação, ampliação, modificação e operação de atividades e empreendimentos que utilizam recursos naturais, ou que sejam potencialmente poluidores ou que possam causar degradação ambiental.

Os recursos ambientais passíveis de serem utilizados são descritos no art. 3, V da lei como os seguintes: “atmosfera, as águas interiores, superficiais, subterrâneas, estuárias, mar territorial, solo, subsolo, elementos da biosfera, fauna e flora”. Assim, o licenciamento para a exploração dos recursos naturais é de essencial importância. É por isso que a extração da água subterrânea deveria (numa real medida de prevenção) ser permitida apenas mediante licenciamento. É através do licenciamento que pesquisas sobre a existência de águas subterrâneas, estudos de procedimentos técnicos e análises do aproveitamento adequado das águas são realizados.

Todavia, o Brasil está carente não apenas de uma maior regulamentação, mas sim de uma efetiva aplicação de seus normativos nesse setor. E essa questão tem como ponto nevrálgico a premente e necessária atuação conjugada dos entes federativos, União, Estados, Distrito Federal e Municípios no gerenciamento das águas. Da mesma forma, importante a atuação do Ministério Público no controle judicial e fiscalização da aplicação do ordenamento jurídico relativo aos direitos difusos e coletivos. E, por fim, na participação e controle social da população, organizada por meio dos Conselhos e Comitês de Bacias Hidrográficas ou mesmo de maneira individual, pela via da Ação Popular. Afinal, o maior reservatório de água doce subterrânea do planeta está em território brasileiro.

O Sistema Aquífero Guarani: A necessidade da gestão integrada entre os países do MERCOSUL

O Aquífero Guarani é o maior manancial transfronteiriço de água doce subterrânea do planeta. Sua extensão abrange quatro países da América Latina: Argentina (255.000 km²), Brasil (840.000 km² envolvendo os estados de Goiás, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, São Paulo, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul), Paraguai (71.700 km²) e Uruguai (58.500 km²). A área ocupada pelo Aquífero equivale aos “territórios da Inglaterra, França e Espanha juntos”. Assim, a sua extensão total é, aproximadamente, 1.2000.000 km². Estima-se que a população no domínio de ocorrência do Aquífero é de 30 milhões de habitantes. (GUIMARÃES, 2007, p. 28).

O Aquífero Guarani recebeu esse nome, dado pelo geólogo uruguaio Danilo Anton, “em homenagem à grande Nação Guarani, que habitava essa região até os primórdios do período colonial”. (SILVA, 2009). Conforme Guimarães (2007, p. 27), a denominação correta, cientificamente, não é apenas Aquífero, mas sim, Sistema Aquífero Guarani (SAG) em decorrência da diversidade da sua geologia.

A grande armazenagem de água do Aquífero se deve, principalmente, pela sua formação geológica. Nele encontram-se águas armazenadas há muito tempo e outras que são recarregáveis através das fissuras. Se a água utilizada for de um local em que não existe recarga, a tendência é que a reserva se esgote. Dependendo da região, as águas são próprias ou impróprias ao consumo humano. Em regra, as suas águas possuem uma boa qualidade. Entretanto, “nas áreas mais confinadas, as águas não são adequadas sem tratamento ao consumo humano, devido os sólidos dissolvidos”. (GUIMARÃES, 2007, 31-33).

No Brasil, “mais de 300 cidades, entre 3 mil e 500 mil habitantes abastecem-se total ou parcialmente com águas do Guarani”. A sua exploração é muito viável, em decorrência da sua fácil extração, baixo preço e pequeno tratamento. Tais benesses são preocupantes, pois se retira uma carga maior do que a capacidade de reposição, tornando os usos insustentáveis: “[...] a cidade de Rio Preto/SP, [...]”

desde 1930 utiliza água do Aquífero e é abastecida 100% por ele”. (GUIMARÃES, 2007, 32-33). Assim, as águas do Aquífero vêm sendo utilizadas há muito tempo sem estudos e consciência da sua importância e capacidade de reposição. Trata-se de uma afronta à legislação brasileira, eis que, como determina a Lei 11.445/07, o abastecimento por fontes alternativas como, por exemplo, poços artesianos, deveria apenas ser complementar à rede pública.

Muitas informações sobre o Aquífero Guarani foram divulgadas “para a mídia ainda sem se saber ao certo como era sua formação e suas características específicas (como se fosse uma imensa caixa de água subterrânea)”. Hoje, estudos mais complexos já trazem novas questões a serem discutidas sobre a qualidade das águas subterrâneas do Aquífero. Por exemplo, o Sistema Aquífero Guarani é composto de vários aquíferos e, portanto, não seria contínuo e, também, não seria transfronteiriço além da região de São Paulo. Também alertam a vulnerabilidade do Aquífero, por ser constituído de arenitos relativamente permeáveis. Dado positivo é que o Aquífero pode ser maior do que se imagina, pois muitos países, em destaque a Argentina, realizam poucos estudos sobre essa importante reserva de água doce. (GUIMARÃES, 2007, p. 41; FREITAS, 2008, p. 27)

A ocupação desordenada das áreas de recarga e os esgotos, o uso excessivo de agrotóxicos, a suinocultura, os depósitos de lixo, os poços artesianos clandestinos e a superexploração das águas do Aquífero são causas de sua contaminação. É nesse sentido que a população deve participar ativamente no controle do uso das águas. E aqui se aponta a grande importância dos Planos Diretores municipais, instrumentos básicos de política urbana com vistas ao desenvolvimento sustentável das cidades, a fim de regular a exploração das águas nas cidades, a fim de que o desenvolvimento local ocorra de forma equilibrada e a sustentabilidade hídrica seja alcançada.

Como destaca Guimarães (2007, p. 43),

Em alguns casos, devido à superexploração de aquíferos, houve até um rebaixamento do nível da superfície, causando danos diversos à população e aos

imóveis que estão ali localizados (subsistência do solo – movimento para baixo ou afundamento do solo causado pela perda de suporte subjacente).

O Sistema Aquífero Guarani atinge diferentes localidades e, até mesmo, diversos países. Assim, a gestão das águas encontra-se dificultada, já que exige atitudes congregadas de todos os países envolvidos. O Aquífero é transfronteiriço, ou seja, vai além das fronteiras. Nesse contexto, a sua poluição não consegue ser contida, atingindo locais distantes da sua fonte poluidora. Portanto, deve haver não apenas um esforço das localidades, mas uma mobilização internacional a fim de que esse sistema seja preservado. Vários são os obstáculos que ainda devem ser enfrentados, tanto pela legislação interna quanto pela internacional, para que o Aquífero Guarani seja protegido.

O sistema brasileiro de gerenciamento ainda tem muito a evoluir. Falta conscientização da população, observância das leis, fiscalização, maiores investimentos em políticas urbanas locais e globais. Nesse contexto, urge a necessidade do desenvolvimento do Direito Ambiental Internacional, somente assim a preservação do Aquífero Guarani será possível. A tendência mundial é que a crise de água se agrave e os recursos hídricos subterrâneos sejam cada vez mais usados. Assim, quanto mais conhecimento e regulamentação, maior será a preservação desse recurso escasso. Logo, o estudo da legislação de outros países que já possuem um sistema integrado supranacional de gestão de águas deve ser um referencial na evolução do Direito das Águas no Brasil, bem em todos os países que integram o MERCOSUL.

2. A Directiva-Quadro da Água na União Européia: Análise de Portugal

Em Portugal, as leis que regulamentam os usos, qualidade, utilização e gestão dos recursos hídricos são vastas, seja em âmbito nacional, regional, local e, até mesmo, em âmbito supranacional, na União Européia. Com o passar dos anos, é clara a evolução da preocupação portuguesa com as águas. A regulamentação dos recursos hídricos no país sofreu profunda transformação no século XIX,

principalmente em 1986, quando Portugal aderiu à União Européia. (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE CONSERVAÇÃO DA NATUREZA-QUERCUS, 2009).

Em Portugal, existem períodos de seca e estiagem, mas de forma sazonal e localizada. Assim, o país possui uma boa disponibilidade de recursos hídricos. No que se refere às águas subterrâneas, segundo a Associação Portuguesa de Recursos Hídricos (2010), destaca-se a parte continental de Portugal, na qual existem 62 sistemas de aquíferos, destinados ao consumo humano, indústria e agricultura. Pela abundância de águas, Portugal, a fim de que a quantidade e a qualidade dos recursos hídricos sejam preservados, desenvolveu, desde muito cedo, um grande aparato legislativo.

Portugal editou em 1994, o Decreto-Lei nº. 45, que regulamenta o processo de planejamento de recursos hídricos e a elaboração e aprovação dos planos de recursos hídricos, bem o Decreto-Lei n. 46, que estabelece o regime de licenciamento das utilizações do domínio hídrico, submetendo a extração de água subterrânea ao licenciamento; e, por fim, o Decreto-Lei n. 47, que estrutura o Conselho Nacional da Água. (CONDESSO, 2004, p. 840) Ainda, para garantir a qualidade e a distribuição regular das suas águas, Portugal editou, em destaque, diretivas (por exemplo, D. 91/271/CEE; D. 2000/60/CE), decretos (D.L. n. 429/91; D.L. n. 446/91; D.L. 56/99; D.L. 207/94; D.L. 409/93; D.L. 158/98 D.L. nº236/98; D.L. n.º 243/2001), portarias (P. n.º 704/2002; P. n.º 462/2000), resoluções (Resolução n.66/99), entre outros.

Tal legislação, no Brasil, não possui correspondente, estando a exploração das águas do subsolo apenas sujeitas a outorgas, através da Lei 9.433/97 e às normas técnicas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). E, tardiamente, o Brasil promulga a Lei 11.445/07, a qual estabelece diretrizes para as questões de saneamento básico no país, a fim de que a qualidade das águas seja preservada.

Além disso, Portugal, por ser integrante da União Européia, deve inserir no seu ordenamento jurídico as diretivas elaboradas pelo Conselho, pelo Parlamento e pela Comissão da União Européia. Nesse sentido, uma legislação comunitária de grande destaque e exemplo mundial na gestão dos recursos hídricos desenvolvida pela União Européia é a Directiva-Quadro da Água (2000). Enquanto o Brasil tem

dificuldades para implementar uma gestão integrada das águas em âmbito nacional e do MERCOSUL, a União Européia desenvolve uma política de gestão supranacional, estando Portugal a transpor a Directiva-Quadro para o seu ordenamento jurídico. Tal realidade de gestão participativa e comunitária dos recursos hídricos subterrâneos ainda se encontra distante na América Latina, uma vez que o MERCOSUL ainda tem muito a avançar em busca do sonho da integração. Dessa forma, na União Européia percebe-se o direito a água como um dos setores mais desenvolvidos em termos de regulação supranacional. Isso se dá tendo em vista a necessidade de regulação da água, recurso escasso e finito, suscetível à má utilização e a poluição, bem como o seu carácter supranacional, eis que, na maioria das vezes, tanto o leito dos rios e lagos, como também as águas subterrâneas envolvem mais de um país ou vários países.

A importância ambiental, social e econômica da água é reconhecida universalmente. Esta realidade impõe que a gestão da água se faça de forma coordenada e sustentada a nível internacional de modo a enfrentar os inúmeros e decisivos problemas associados com este raro e vulnerável recurso. Na Europa a questão dos recursos hídricos assume enorme importância, quer quanto à sua qualidade, quer quanto à sua quantidade, sendo certo que estes dois factores estão, obviamente, interligados. Os princípios e regras do direito internacional aplicáveis aos cursos de água partilhados por dois ou mais Estados abordam precisamente estas duas vertentes do problema. De entre 20 bacias europeias com área de drenagem superior a 80.000 km², 13 são bacias fluviais internacionais e 7 são bacias nacionais, das quais 4 localizadas na Rússia. A maior de todas é a bacia do rio Volga, com uma área de 1.360.000 km², seguida pelo rio Danúbio, abrangendo 817.000 km². Esta última é partilhada por 11 países e é, por conseguinte, uma das bacias hidrográficas mais internacionais do mundo. (GUIMARÃES, 1997, p. 13-14)

A Directiva-Quadro da Água tem por objetivo a revisão da legislação dos países integrantes da União Européia, visando regulamentar parâmetros comuns de proteção das águas, sejam elas superficiais, subterrâneas, interiores, costeiras e

de transição. Tais modificações buscam a sustentabilidade, a racionalização da utilização e cuidados com os recursos hídricos, bem como diminuir os efeitos causados pelas cheias e secas. A Directiva-Quadro estabelece políticas de desenvolvimento integradas de gestão da água. (HENRIQUES; WEST; PIO, 2009).

A directiva é extremamente exigente quanto ao seu conteúdo, impondo aos Estados membros uma gestão por regiões hidrográficas, no sentido de alcançar objectivos de protecção ambiental em metas claramente definidas. Para o efeito, obriga à elaboração de programas de medidas a partir da caracterização de cada região (que abrangerá a análise do impacto da actividade humana na região e a análise económica da utilização da água), bem como à criação de programas de monitoração do estado da água. Tudo pressupondo uma ampla participação dos agentes económicos directamente implicados na administração da água e dos cidadãos em geral, participação esta que deve ser incentivada pelos Estados-membros. A Directiva determina ainda a elaboração de uma política de preços de água que incentive o seu uso eficiente e permita recuperar os custos dos serviços hídricos. (DIAS; MENDES, 2004, p. 163)

Fato inovador constante na Directiva-Quadro é que a quantidade das águas ganha tratamento subsidiário em relação à protecção da qualidade dos recursos hídricos. Entretanto, fica claro que ambos os aspectos são indissociáveis para a gestão das águas. O artigo central da Directiva é o 4º, o qual estabelece os objetivos ambientais para as mais variadas categorias de águas, enfatizando no seu item 1-B as águas subterrâneas. E regulamenta no artigo 8. a obrigatoriedade de monitorização do estado das águas de superfície e subterrâneas (estados químico e quantitativo) e das zonas protegidas, bem como no artigo 17 as estratégias para prevenir e controlar a poluição dos recursos hídricos subterrâneos.

A Directiva é aplicada por regiões hidrográficas estabelecidas pelos Estados- Membros, abrangendo uma ou mais bacias, através dos Planos de Gestão (artigo 13. da Directiva). Quando a bacia hidrográfica for internacional, ou seja, atingir mais de um Estado-Membro, será designada apenas uma região

hidrográfica internacional. Já, os Planos de Gestão possuem a participação da população na sua elaboração. Veja-se o artigo 14, item 1:

Os Estados-Membros garantirão, em relação a cada região hidrográfica, que estejam publicados e facultados ao público, incluindo os utilizadores, para eventual apresentação de observações: (...) Mediante pedido, será facultado o acesso aos documentos de apoio e à informação utilizada para o desenvolvimento do projecto de plano de gestão da bacia hidrográfica.

2. Os Estados-Membros devem prever um período de, pelo menos, seis meses para a apresentação de observações escritas sobre esses documentos, a fim de possibilitar a participação activa e a consulta. (SILVA; MIRANDA, 2004, p. 98)

Assim, o povo passa a ser agente ativo (e não mais apenas fiscalizador das atividades do poder público), sendo parte essencial para que a gestão integrada e a sustentabilidade sejam alcançadas.

Ainda, a Directiva-Quadro da Água requer que os Estados-Membros da União Europeia avaliem, monitorem e melhorem a qualidade ecológica de suas águas, em busca do bom estado ecológico (artigo 8.). Estabelece a Directiva que tanto as águas superficiais quanto as subterrâneas são recursos naturais renováveis. No entanto, sua renovação, principalmente dos recursos hídricos subterrâneos, é mais lenta quando comparada aos recursos hídricos superficiais. Em consequência, visa a Directiva estabelecer um planejamento e medidas para a gestão e preservação das águas. (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE CONSERVAÇÃO DA NATUREZA-QUERCUS, 2009).

Por sua vez, é através da Lei n.º 58, de 29 de Dezembro de 2005, Lei da Água, que a Directiva-Quadro da Água é transposta para o direito interno português, a qual estabelece “as bases e o quadro institucional para a gestão sustentável das águas em Portugal”.

E a Lei n.º 54/2005 portuguesa estabelece os domínios e titularidades dos recursos hídricos. Os domínios são: público hídrico, público marítimo e público hídrico das restantes águas. Portugal, diferente do Brasil, prevê a possibilidade de

águas particulares. Estabelece o artigo 18º da referida lei que “todos os recursos hídricos que não pertencerem ao domínio público podem ser objecto do comércio jurídico privado e são regulados pela lei civil, designando-se como águas ou recursos hídricos patrimoniais”. Bem como, “os recursos hídricos patrimoniais podem pertencer, de acordo com a lei civil, a entes públicos ou privados, designando-se neste último caso como águas ou recursos hídricos particulares”.

Segundo o Ministério Português do Meio Ambiente e do Ordenamento do Território, o 1º Relatório de Implementação da Directiva-Quadro da Água aponta que “a transposição foi considerada globalmente satisfatória apenas no caso de três Estados-Membros, sendo Portugal um deles”. Assim, é evidente a preocupação e o empenho de Portugal na gestão dos recursos hídricos subterrâneos, regulando na sua legislação interna as questões abordadas na Directiva-Quadro da Água, principalmente pela Lei 58/2005, de 29 de Dezembro (Lei da Água).

Logo, a Directiva-Quadro da Água é pioneira ao estabelecer uma gestão supranacional dos recursos hídricos. Portugal, a partir da transposição das normas base da diretiva, já atinge resultados positivos, conforme o relatório acima citado. Comparado ao Brasil, país no qual se encontra grande extensão do Aquífero Guarani, mas que tem grandes dificuldades de desenvolver um mecanismo eficiente de preservação das águas subterrâneas, Portugal deve ser usado como referencial em busca da sustentabilidade hídrica.

Considerações Finais

Para que os recursos hídricos subterrâneos sejam utilizados de maneira correta, o seu uso deve ser complementar ao das águas superficiais. Entretanto, porque possuem preço inferior ao da água tratada, melhor qualidade, bem como por não estarem sujeitos a racionamentos, o consumo dos recursos hídricos subterrâneos vem aumentando. A disponibilidade de água doce subterrânea existente é maior do que a de água superficial. Assim, os recursos hídricos subterrâneos são vistos como solução para a crise de água que se vive, pois têm capacidade suficiente para

garantir à população o acesso em quantidade e qualidade suficientes para a vida das presentes e das futuras gerações.

Entretanto, os danos causados as águas subterrâneas são crescentes. Em contrapartida, os processos para a descontaminação dessas águas são caros e demorados. Por estarem situadas em meio subterrâneo, são menos visíveis e, portanto, recebem menor atenção da população e da administração pública, que são os principais responsáveis do controle do uso das águas. Apesar de abundantes as águas subterrâneas, não são inesgotáveis. Se exploradas indiscriminadamente, ou seja, se o seu volume retirado for maior do que a sua reposição, podem se esgotar.

O Brasil possui uma boa disponibilidade de água, apesar da distribuição irregular dentro do território. Para uma regular exploração das águas subterrâneas no país deve-se observar o que dispõe a Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade), bem como os Planos Diretores de desenvolvimento e expansão urbana, a Lei 9.433/97 – que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos –, a Lei 11.445/07, a qual estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico, e as normas da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas) para a perfuração dos poços artesianos. Todas essas regulamentações devem ser respeitadas para que a sustentabilidade seja alcançada. Porém, ainda está carente de regulamentação em âmbito supranacional.

O Aquífero Guarani é o maior manancial de água doce transfronteiriço do planeta, localizando-se dois terços da sua extensão no território brasileiro. Entretanto, por abranger além do seu território nacional os países da Argentina, Paraguai e Uruguai, a política de gestão da água deve ser desenvolvida em âmbito local e supranacional através do MERCOSUL, seguindo os caminhos trilhados por Portugal e pela União Européia. Atualmente, o Aquífero Guarani não é preocupação primordial dos países da América Latina. São poucos os investimentos em políticas públicas que visam à sustentabilidade das águas. Assim, falta comprometimento dos países em busca do controle de poluição e preservação do Aquífero.

As águas do Aquífero são abundantes e de fácil extração. Todavia, não se recarregam na mesma velocidade que os recursos hídricos superficiais. Aliada à

difículdade de obtenção de informações, às retiradas de água em quantidades superiores a sua capacidade de reposição e à crescente contaminação das suas águas, o Sistema Aquífero Guarani encontra-se em estado de alerta. Por isso, cada vez mais mecanismos de gestão local e internacional devem ser desenvolvidos e efetivados, bem como a população deve agir de forma consciente, em busca da sustentabilidade hídrica.

A União Européia inova e dá novos rumos a gestão integrada dos recursos hídricos a partir da Directiva-Quadro da Água. Buscou ela regulamentar parâmetros comuns entre os países membros em busca da preservação comunitária das águas. Assim, a partir da transposição para o seu ordenamento jurídico das bases da Directiva, Portugal evoluiu na regulamentação dos usos, qualidade e utilização dos seus recursos hídricos (principalmente através da Lei da Água – nº.58/08). Logo, resta evidenciado a eficiência da gestão integrada das águas de forma supranacional, a qual deve servir de modelo para o MERCOSUL, e mais especificamente, para o Brasil.

Por fim, o homem deve ter consciência que é sujeito ativo, e ao mesmo tempo, passivo das suas condutas contra o meio ambiente. Do contrário, nada adiantam apenas investimentos e edições de leis pelo poder público. Os resultados obtidos são limitados sem a participação de todos os envolvidos, cidadãos e governantes, mesmo que de diferentes nações.

Referências Bibliográficas

- ABBAS. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ÁGUAS SUBTERRÂNEAS. Informativo 171. jun-jul/2007. Disponível em: <[http://www.abas.org/abasinforma/171/ABAS INFO 171.pdf](http://www.abas.org/abasinforma/171/ABAS_INFO_171.pdf)>. Acesso em: 01 fev. 2010.
- ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE CONSERVAÇÃO DA NATUREZA-QUERCUS. Instrumentos legais para a gestão das águas. Disponível em:

<<http://www.quercus.pt/scid/webquercus/defaultArticleViewOne.asp?categoryID=632&articleID=2526>>. Acesso em: 12 dez. 2009.

ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DOS RECURSOS HÍDRICOS. Águas Subterrâneas. Disponível em: <[HTTP://www.aprh.pt/pdf/triptico CEAS.pdf](http://www.aprh.pt/pdf/triptico%20CEAS.pdf)>. Acesso em: 12 fev. 2010.

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS (ANA). A ANA na gestão de águas. Disponível em: <<http://www.ana.gov.br/gestaoRecHidricos/Outorga/default2.asp>>. Acesso em: 17 out. 2009.

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS (ANA). Águas Subterrâneas. Disponível em: <<http://www.ana.gov.br/gestaorechidricos/infohidrologicas/aguasSubterr/EstudoAguasSubterraneasANA22-08-02.doc>>. Acesso em: 12 dez. 2009.

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS (ANA) – CDOC. Panorama da qualidade das águas subterrâneas no Brasil. Disponível em: <http://www.ana.gov.br/pnrh_novo/documentos/02b%20Panorama%20da%20Qualidade%20%C1guas%20Subterr%E2neas/VF%20Qualidade%20AguasSubterraneas.pdf>. Acesso em 23 out. 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL, Estatuto da cidade. Estatuto da Cidade: Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, que estabelece diretrizes gerais da política urbana. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001.

BRASIL. Lei Federal nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 17 nov. 2009.

BRASIL. Lei Federal nº. 9.433, de 08 de janeiro de 1997. Disponível em: <<http://www.leidireto.com.br/lei-9433.html>>. Acesso em: 15 out. 2009.

BRASIL. Lei federal nº. 10.257, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 02 nov. 2009.

BRASIL. Lei Federal nº. 11.445, de 05 de janeiro de 2007. Disponível em: <<http://www.coletasolidaria.gov.br/menu/menu/legislacao/Lei%2011%20445-07%20-%20SANEAMENTO.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2009.

BRILHA, José; SÁ, Artur (Coord.). Água Subterrânea – Reservatório para um país com sede?, out. 2005. Disponível em: <http://www.yearofplanetearth.org/content/downloads/portugal/brochura2_web.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2009.

BRUNONI, Nivaldo. A Tutela das Águas pelo Município. In: FREITAS, Vladimir Passos de. Águas – Aspectos Jurídicos e Ambientais. 3ª. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

CONDESSO, Fernando dos Reis. Direito do Ambiente. Coimbra: Almedina, 2004.

DIAS, José Eduardo Figueiredo; MENDES, Joana Maria Pereira. Legislação Ambiental. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FREITAS, Vladimir Passos de. Águas – Considerações Gerais. In: FREITAS, Vladimir Passos de. Águas – Aspectos Jurídicos e Ambientais. 3ª. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 16-33.

FEPAM- FUNDAÇÃO ESTADUAL DE PROTEÇÃO AMBIENTAL HENRIQUE LUIZ ROESSLER/RS. Licenciamento Ambiental. Disponível em <<http://www.fepam.rs.gov.br/central/licenciamento.asp>>. Acesso em: 19 out. 2009.

GUIMARÃES, Luis Ricardo. Desafios jurídicos na proteção do Sistema Aquífero Guarani. São Paulo: LTr, 2007.

GUIMARÃES, António Andresen. O Rio Douro: um caso prático no âmbito do direito internacional dos cursos de água. Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente. n. 7, Coimbra: Almedina, jun. 1997. p. 13-28.

GRAF, Ana Cláudia Bento. A Tutela dos Estados sobre as Águas. In: FREITAS, Vladimir Passos de. Águas – Aspectos Jurídicos e Ambientais. 3ª. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 57-81.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito de Águas: disciplina jurídica das águas doces. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

HENKES, Silviana Lúcia. Histórico legal e institucional dos recursos hídricos no Brasil. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4146&p=1>>. Acesso em: 07 jun. 2009.

HENRIQUES, António G.; WEST, Cristina A.; PIO, Simone. Directiva Quadro da Água um instrumento integrador da política da água da União Europeia. Disponível em: <<http://dqa.inag.pt/dqa2002/pdf/0103.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2009.

LEMOES, Rafael Diogo Diógenes. Soluções Individuais de Abastecimento de Água e de Destinação Final de Esgotos Sanitários frente ao Novo Marco Jurídico Regulatório do Saneamento Básico. Revista de Direito Ambiental, n. 54, São Paulo, Revista dos Tribunais, abr./jun. 2009. p. 270-290.

MINISTÉRIO DO AMBIENTE E ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO. Implementação da Directiva-Quadro da Água. Disponível: <<http://dqa.inag.pt/dqa2002/port/relatorios/RelatorioImplementaDQA.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2010.

ORGANIZAÇÃO DE OLHO NOS MANANCIAIS. Águas: Saneamento no Brasil. Disponível em: <<http://www.mananciais.org.br/site/agua/saneamento>>. Acesso em: 07 nov. 2009.

PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO. DIRECTIVA 2000/60/CE, de 23 de outubro de 2000. Disponível em: <http://dqa.inag.pt/dqa2002/pdf/D_Q.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2009.

PORTUGAL. Lei nº. 58, de 29 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.inag.pt/inag2004/port/divulga/legisla/pdf_nac/Lei%2058_2005.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2009.

PORTUGAL. Lei nº. 54, de 15 de novembro de 2005. Disponível em: <http://www.inag.pt/inag2004/port/divulga/legisla/pdf_nac/Lei54_2005.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2009.

SERENO, A. Amparo. De Madrid a Lisboa, os Caudais do Tejo e a “Hidro-Diplomacia” Luso-Espanhola. Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente. n. 21/22, Coimbra: Almedina, jun./dez. 2004. p. 9-55.

SILVA, Vasco Pereira da; MIRANDA, João. Verde Código: legislação de Direito do Ambiente. Coimbra: Almedina, 2004.

SILVA, Demetrius David da Silva; PRUSKI, Fernando Falco (eds.). Gestão de Recursos Hídricos: Aspectos Legais, Econômicos e Sociais. Brasília, DF: Secretaria de Recursos Hídricos; Viçosa, MG: Universidade Federal de Viçosa; Porto Alegre: Associação Brasileira de Recursos Hídricos, 2000.

SILVA, Daniel José (Coord.). Seminário para preservação da bacia do rio Uruguai e Aquífero Guarani. Disponível em: <http://www.aquiferoguarani.ufsc.br/cartilha_municipios.doc>. Acesso em: 17 out. 2009.

VIEGAS, Eduardo Coral. Nova lei restringe uso de poços artesianos. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/atuacaomp/not_artigos/id15015.htm>. Acesso em: 12 nov. 2009.

VIEGAS, Eduardo Coral. Visão jurídica da água. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

[voltar ao índice ▲](#)

[início do texto ▲](#)

Um verde olhar sobre o *due process... of Environment*

João Paulo Fontoura de Medeiros

Introdução

O presente estudo se destina a lançar um olhar sobre a tutela ambiental, inclusive como forma de verificar sua real efetividade e de analisar a sua interação com os princípios que lhe devem servir de norte. Para tanto, examinar-se-á o direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado e a sua tutela em Juízo. É inegável que com isso se terá pavimentado o caminho para que haja uma indispensável abordagem da tutela jurisdicional ambiental no âmbito do Contencioso Administrativo e no da Justiça Comum. Nesse ponto, não se pode perder de vista a necessidade de um estudo de Direito Comparado entre o Direito Processual Ambiental brasileiro e o seu similar português, sem prejuízo de outras comparações entre sistemas diversos, como forma de verificar a possibilidade de, respeitadas as diferenças e no que for cabível, conciliar concepções atualmente empregadas nos ordenamentos jurídicos em geral.

Em seguida a essa análise, será possível perceber a insuficiência do atual paradigma de proteção do ambiente em Juízo. Daí a necessidade de se ingressar em um estudo da efetividade da tutela jurisdicional do ambiente ecologicamente equilibrado. Em sequência, ter-se-á de tecer comentários a propósito do novo paradigma que se quer apresentar em reverência à necessária efetividade de que tem de se revestir a tutela jurisdicional ambiental. A partir daí, estar-se-á diante de momento propício para que se faça uma análise da imprescindibilidade de um contencioso ambiental indiscutivelmente regido por princípios que são caros ao ambiente, a exemplo do que ocorre com a prevenção e com a precaução, com o que

se terá construído as bases para uma discussão a respeito da imprescindibilidade de se levar efetividade à tutela jurisdicional do ambiente. Tudo isso com o escopo de criar uma teia de princípios apta a fornecer guarida para uma tutela jurisdicional efetiva desse direito fundamental intimamente ligado à dignidade da pessoa humana e indispensável à sobrevivência de todos os que habitam este Planeta.

1. Contemplando-se o direito *ao (?) ambiente* com os olhos igualmente voltados aos “*subjektiven öffentliche Rechte*”⁴ idealizados por Georg Jellinek

Não é de hoje que se vem atentando para a circunstância de que “...a concentração de dióxido de carbono na atmosfera aumentou muitíssimo, elevando os níveis de contaminação para patamares perigosos para o ecossistema global”.⁵ De fato, notórios são os problemas que a exploração desenfreada dos recursos naturais por parte do ser humano vem causando à saúde do ambiente do Planeta em que vivemos,⁶ o que contribui para o surgimento das “...*alarmantes cifras de deterioro ecológico progressivo*”.⁷ Realmente, o atual estágio de degradação do ambiente

⁴ Tradução livre do autor: “*Sistema de direitos públicos subjetivos*”.

⁵ MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito ambiental: Proibição de Retrocesso**. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2007, p. 69.

⁶ Cf. OST, François. **A natureza à margem da lei: A Ecológica à prova do Direito**. Tradução de “*La nature hors la loi*” por Joana Chaves, Lisboa, Instituto Piaget, 1995, p. 303 e segs.; DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. **Tutela Ambiental e Contencioso Administrativo**. Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 19. Não foi à toa que a Organização Meteorológica Mundial (OMM), em consonância com o Programa das Nações Unidas para o Ambiente (PNUMA), terminou por criar, em 1988, o Painel Intergovernamental sobre Mudança do Clima, posteriormente reforçado pela Convenção sobre Mudança do Clima, que foi fruto da Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente e Desenvolvimento, realizada na cidade brasileira do Rio de Janeiro, e entrou em vigor em março de 1994 (Cf. CARVALHO, Edson Ferreira de. **Ambiente & Direitos Humanos**. Curitiba, Juruá Editora, 2006, 1ª edição, 2ª tiragem, p. 38). Em complemento a isso nasceu o “*Kyoto Protocol complementary to the UN Framework Convention on Climate Change*”, de 10 de dezembro de 1997, lamentavelmente rejeitado pelos Estados Unidos da América (Cf. UDALL, Mark. Perspectives: scaling new heights or retreating from progress: how will the environment fare under the administration of President George W. Bush? in **Colo J. Int’l L. & Pol’y**. 2000), cujo artigo 3º consagra expressa determinação para que, no período entre 2008 e 2012, os celebrantes reduzam em ao menos 5% as emissões de gases responsáveis pelo efeito estufa.

⁷ MARTÍNEZ, Rosario de Vicente. Derecho Penal del Medio Ambiente, in **Lecciones de Derecho del Medio Ambiente**. Director Luis Ortega Álvarez. Valladolid, Editorial Lex Nova, 2000, p. 465. Em mesmo sentido: Nesse sentido: GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de águas e ambiente**. São Paulo, Editora Ícone, 1993, pág. 36 e seguintes; SANTILLI, Juliana. Política Nacional de Recursos Hídricos: Princípios Fundamentais. in BENJAMIN, Antonio Herman. (org.) **Direito, água e vida (Law, water and the web of life)**. São Paulo, Imprensa Oficial, 2003, volume 2, pág. 653;

deste Planeta impõe que se lhe assegure uma tutela jurídica que seja ao menos proporcional à sua intrínseca importância⁸ ou, em uma perspectiva antropocêntrica,⁹ à sua utilidade para a sobrevivência de todos os seres humanos que nele vivem ou que virão a futuramente habitá-lo.¹⁰ Independentemente de se ter em mente um conceito estrito ou amplo de ambiente, de modo a serem ou não abrangidos por essa expressão tão-somente os *componentes ambientais naturais*,¹¹ há de se partir da premissa de que a preservação da natureza “...constitui a única

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental: As dimensões do dano ambiental no Direito Brasileiro**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004, pág. 233. Cf. The Intergovernmental panel on climate change (IPCC). Policymakers summary. in HOUGHTON, J. T.; JENKINS, G. J. e EPHRAUMS, J. J. (eds.) **Climate change**. Cambridge. Cambridge University Press. 1990. págs. xi-xxxix. Em mesmo sentido: BOMBIN, Miguel. **Modelo paleocológico evolutivo para o neoquaternário da região da campanha - oeste do Rio Grande do Sul (Brasil): A formação Touro Passo, seu conteúdo fossilífero e a pedogênese pós-deposicional**. Porto Alegre, UFRGS, 1976. Tese de Mestrado); BORTOLUZZI, Carlos A. Contribuição à geologia da região de Santa Maria – Rio Grande do Sul (Brasil). **Pesquisas**. 4 (1): 7-86, outubro de 1974; CARVALHO, Edson Ferreira de. **Ambiente & Direitos Humanos**. Curitiba, Juruá Editora, 2006, 1ª edição, 2ª tiragem, págs. 53 e 54; CARVALHO, Edson Ferreira de. *Op. cit.*, pp. 35 a 38. CAVALCANTI, E. **Para compreender a desertificação: Uma abordagem didática e integrada**. Instituto Desert. Julho de 2001; CORDEIRO, Copérnico A. e SOARES, Lúcio. A erosão nos solos arenosos da região sudoeste do Rio Grande do Sul. In **Revista Brasileira de Geografia**. Rio de Janeiro. 39 (4): 83-150, outubro/dezembro de 1977; SCHLESINGER, William H. **Biogeochemistry: an analysis of global change**. London, Academic Press, 1997; VIANNA, José Ricardo Alvarez. **Responsabilidade civil por danos ao ambiente**. Curitiba, Juruá Editora, 2006, 1ª edição, 3ª tiragem, pág. 58.

⁸ DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. **Tutela Ambiental e Contencioso Administrativo**. Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 22.

⁹ A propósito: MENDES, Paulo de Sousa. **Vale a pena o Direito Penal do Ambiente?** Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000, 1ª impressão, p. 100. Ainda na doutrina portuguesa: DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. **Tutela Ambiental...**, p. 22. Na doutrina italiana: MARCHELLO, Francesco; PERRINI, Marinella e SERAFINI, Susy. **Diritto Dell'Ambiente**. Napoli, Edizioni Giuridiche Simone, 2004, VI edizione, p. 11.

¹⁰ A respeito: MATEO, Ramón Martín. **Tratado de Derecho Ambiental**. Volumen I. Madrid, Editorial Trivium S.A., 1991, primera edición, p. 85; RODRÍGUEZ, Andrés Betancor. **Instituciones de Derecho Ambiental**. Madrid, La Ley-Actualidad S.A., 2001, p. 572.

¹¹ DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. **Tutela Ambiental...**, p. 22. Conquanto uma louvável noção estrita de ambiente conte com a brilhante defesa de Ramón Martín Mateo (MATEO, Ramón Martín. **Tratado de Derecho Ambiental**. Volumen I, p. 82), de Luis Rodriguez Ramos (RAMOS, Luis Rodriguez. Instrumentos Jurídicos Preventivos y Repressivos en la Protección del Medio Ambiente. In **Documentación Administrativa**. Ab.-jun. 1981, n. 190, p. 460) e do já citado José Eduardo de Oliveira Figueiredo Dias (DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. **Tutela Ambiental...**, p. 24), há de se preferir afastá-la, optando-se por um “*conceito normativo de ambiente*” (Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Procedimento Administrativo e Defesa do Ambiente. In **Revista de Legislação e de Jurisprudência**. 1991, N. 3.799, ano 123, p. 290), que compreenda as normas jurídicas que se destinem a proteger não só a natureza como também o patrimônio cultural e histórico (ANTUNES, Luís Filipe Colaço. Para uma noção jurídica de ambiente, in **Scientia Iuridica**. Tomo XLI, 1992, números 235-237, Braga, Universidade de Minho, p. 79), ainda que se tenha de “...manter firmes as suas conexões com o conjunto de elementos naturais básicos” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**. 1991, N. 3.802, p. 09), com que se atende a diretriz contida no número 2 do artigo 2º da Lei de Bases do Ambiente portuguesa, que consagra a

opção de vida para a humanidade.”¹² Em meio a esse contexto e dada a natureza difusa¹³ que indubitavelmente se enxerga em tal bem jurídico¹⁴ de fundamental importância para a sobrevivência de todos,¹⁵ não foram poucos os textos constitucionais que optaram por deixar de caracterizá-lo como direito fundamental. À semelhança do que se consagra no número 2 do artigo 2º da Constituição da Suécia, no artigo 20 da Constituição Alemã e no artigo 20 da

necessidade de a política do ambiente “...*optimizar e garantir a continuidade de utilização dos recursos naturais*”. Não se quer rejeitar uma perspectiva ecocêntrica. Apenas se está a ressaltar a possibilidade de conjugá-la com uma ideia antropocêntrica (Nesse sentido: TONCHIA, Teresa. **Diritti dell'uomo e ambiente: La partecipazione dei cittadini alle decisioni sulla tutela dell'ambiente**. Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1990, p. 213), sem que a amplitude do conceito de “*ambiente*” daí passível de ser extraída lhe negue a densidade necessária para que se alcance o resultado a ser perseguido pelo “*Derecho ambiental*” (Cf. REXACH, Angel Menéndez. *Protagonismo del Derecho Administrativo en la prevención y tutela del medio ambiente*, in A.A.V.V. **A Tutela Jurídica do Ambiente: Presente e futuro**. Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 61). Basta que se lembre que “*o direito não pode sequer pensar-se se não for pensado através da pessoa e para a pessoa*” (NEVES, Castanheira. O papel do jurista no nosso tempo. In **Digesta**. Volume I. Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 40), para que se perceba que o ambiente só tem a lucrar com uma tal aproximação das duas supracitadas vertentes. Poder-se-ia dizer que se está diante da antítese ao “*antropocentrismo alargado*” (Cf. SENDIM. José de Sousa Cunhal. **Responsabilidade civil por danos ecológicos: Da reparação do dano através de restauração natural**. Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 102), em que a tutela ambiental, a despeito de abranger a capacidade funcional ecológica dos bens naturais independentemente de sua utilidade para o homem e de poder fazê-los prevalecer em detrimento dos interesses desse, fundamenta-se num interesse “*público*”, e portanto humano, na preservação do ambiente natural. O ideal seria poder pensar em um “*ecocentrismo alargado*” que, inevitavelmente ancorado num conceito amplo de ambiente, preste-se a uma tutela ecocêntrica dos bens naturais sem que isso venha a excluir a possibilidade de conjugá-la a uma também imprescindível preservação do patrimônio histórico e cultural. A respeito de um “*ecocentrismo moderado*”: GOMES, Carla Amado. O ambiente como objecto e os objectos do Direito do Ambiente..., pp. 22 e 33.

¹² CARVALHO, Edson Ferreira de. *Op. cit.*, p. 116. Também nesse sentido: REXACH, Angel Menéndez. *Protagonismo del Derecho Administrativo...*, p. 63.

¹³ Independentemente de se ter em mente um conceito estrito ou amplo de ambiente, de modo a considerar ou não abrangidos por essa expressão tão-somente os “*componentes ambientais naturais*” (Cf. DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. **Tutela Ambiental...**, p. 22). Conquanto uma louvável noção estrita de ambiente conte com a brilhante defesa de Ramón Martín Mateo (MATEO, Ramón Martín. **Tratado de Derecho Ambiental**. Volumen I, p. 82), de Luis Rodriguez Ramos (RAMOS, Luis Rodriguez. *Instrumentos Jurídicos Preventivos y Repressivos en la Protección del Medio Ambiente*. In **Documentación Administrativa**. Ab.-jun. 1981, n. 190, p. 460) e do já citado José Eduardo de Oliveira Figueiredo Dias (DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. **Tutela Ambiental e Contencioso Administrativo**. Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 24), há de se preferir afastá-la, optando-se por um “*conceito normativo de ambiente*” (Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Procedimento Administrativo e Defesa do Ambiente*. In **Revista de Legislação e de Jurisprudência**. 1991, N. 3.799, ano 123, p. 290), que compreenda as normas jurídicas que se destinem a proteger não só a natureza como também o patrimônio cultural e histórico (ANTUNES, Luís Filipe Colaço. Para uma noção jurídica de ambiente, in **Scientia Iuridica**. Tomo XLI, 1992, números 235-237, Braga, Universidade de Minho, p. 79), ainda que se tenha de “*...manter firmes as suas conexões com o conjunto de elementos naturais básicos*” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes.

Constituição da Finlândia,¹⁶ está-se a fazer menção a um Direito do Ambiente¹⁷ que se traduz numa tarefa do Estado¹⁸ de preservação do ambiente ecologicamente equilibrado.

Distinto e paradigmático foi o caminho trilhado pela Constituição da República Portuguesa,¹⁹ que consagrou “...um direito fundamental ao ambiente e à qualidade

Revista de Legislação e de Jurisprudência. 1991, N. 3.802, p. 09), com que se atende a diretriz contida no número 2 do artigo 2º da Lei de Bases do Ambiente portuguesa, que consagra a necessidade de a política do ambiente “...*optimizar e garantir a continuidade de utilização dos recursos naturais*”. A respeito: REXACH, Angel Menéndez. Protagonismo del Derecho Administrativo en la prevención y tutela del medio ambiente, in A.A.V.V. **A Tutela Jurídica do Ambiente: Presente e futuro.** Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 61. A propósito de um “*antropocentrismo alargado*”, leia-se: SENDIM. José de Sousa Cunhal. **Responsabilidade civil por danos ecológicos: Da reparação do dano através de restauração natural.** Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 102.

¹⁴ Cf. The Intergovernmental panel on climate change (IPCC). Policymakers summary. in HOUGHTON, J. T.; JENKINS, G. J. e EPHRAUMS, J. J. (eds.) **Climate change.** Cambridge. Cambridge University Press. 1990. págs. xi-xxxix. Reconhecendo a necessidade de lhe assegurar tutela jurídica: ANTUNES, Luís Filipe Colaço. Para uma noção jurídica de ambiente, in **Scientia Iuridica.** Números 253/257, Braga, Universidade de Minho, 1992, p. 85; BOMBIN, Miguel. **Modelo paleocológico evolutivo para o neoquaternário da região da campanha – oeste do Rio Grande do Sul (Brasil): A formação Touro Passo, seu conteúdo fossilífero e a pedogênese pós-deposicional.** Porto Alegre, UFRGS, 1976. Tese de Mestrado; BORTOLUZZI, Carlos A. Contribuição à geologia da região de Santa Maria – Rio Grande do Sul (Brasil). **Pesquisas.** 4 (1): 7-86, outubro de 1974; CAETANO, Marcelo. **Manual de Direito Administrativo, II.** Colaboração de Diogo Freitas do Amaral, Lisboa, 1972, 9ª ed., revista e atualizada, pp. 1041 e segs.; CARVALHO, Edson Ferreira de. **Ambiente & Direitos Humanos.** Curitiba, Juruá Editora, 2006, 1ª edição, 2ª tiragem, págs. 53 e 54; CAVALCANTI, E. **Para compreender a desertificação: Uma abordagem didática e integrada.** Instituto Desert. Julho de 2001; CORDEIRO, Copérnico A. e SOARES, Lúcio. A erosão nos solos arenosos da região sudoeste do Rio Grande do Sul. In **Revista Brasileira de Geografia.** Rio de Janeiro. 39 (4): 83-150, outubro/dezembro de 1977; DELL'ANNO, Paolo. **Manuale di Diritto Ambientale.** Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 2003, quarta edizione, p. 185; DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. **Tutela Ambiental e Contencioso Administrativo.** Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 19; GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de águas e ambiente.** São Paulo, Editora Ícone, 1993, pág. 36 e seguintes; MARTÍNEZ, Rosario de Vicente. Derecho Penal del Medio Ambiente, in **Lecciones de Derecho del Medio Ambiente.** Director Luis Ortega Álvarez. Valladolid, Editorial Lex Nova, 2000, p. 465. MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito ambiental: Proibição de Retrocesso.** Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2007, p. 69; SANTILLI, Juliana. Política Nacional de Recursos Hídricos: Princípios Fundamentais. in BENJAMIN, Antonio Herman. (org.) **Direito, água e vida (Law, water and the web of life).** São Paulo, Imprensa Oficial, 2003, volume 2, pág. 653; SCHLESINGER, William H. **Biogeochemistry: an analysis of global change.** London, Academic Press, 1997; STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental: As dimensões do dano ambiental no Direito Brasileiro.** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004, pág. 233. VIANNA, José Ricardo Alvarez. **Responsabilidade civil por danos ao ambiente.** Curitiba, Juruá Editora, 2006, 1ª edição, 3ª tiragem, pág. 58.

¹⁵ A respeito: CARVALHO, Edson Ferreira de. **Op. cit.**, p. 116; MATEO, Ramón Martin. **Tratado de Derecho Ambiental.** Volumen I. Madrid, Editorial Trivium S.A., 1991, primera edición, p. 85; RODRÍGUEZ, Andrés Betancor. **Instituciones de Derecho Ambiental.** Madrid, La Ley-Actualidad S.A., 2001, p. 572. CARVALHO, Edson Ferreira de. **Op. cit.**, p. 116. Também nesse sentido: REXACH,

de vida”²⁰ no número 1 de seu artigo 66. Inovadamente se inclinando em direção a um *Direito fundamental ao Ambiente*,²¹ expressamente termina por consagrá-lo no número 1 de seu artigo 66, onde se lê: “*Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender*”. No que foi seguida de perto pelo número 1 do artigo 45 da Carta Magna espanhola de 1978,²² em sede de que se encontra enunciado: “*Todos tienen derecho ao disfrutar de un médio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo*.” Outro exemplo pode ser encontrado na vigente Constituição da República Federativa do Brasil, cujo artigo 225 contém preceito deste teor: “*Todos têm direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*”.²³

Angel Menéndez. *Protagonismo del Derecho Administrativo...*, p. 63.

¹⁶ Servindo-se o presente estudo da tradução feita por José Joaquim Gomes Canotilho, é de se destacar o teor desses dispositivos constitucionais: Constituição alemã, artigo 20 (Revisão de 1994): “*Assumindo a responsabilidade frente a gerações vindouras, o Estado protege os bens naturais da vida, fazendo-o no respeito pela ordem constitucional, através de legislação e da actuação conforme a lei e em respeito dos poderes executivo e judicial*.”; Constituição Finlandesa, artigo 20 (entrada em vigor em 01 de março de 2000): “*Todos serão responsáveis por cuidar da natureza e da sua diversidade, bem como do meio ambiente e do património cultural. A comunidade desenvolverá esforços para assegurar um meio ambiente saudável e para dar a possibilidade a cada um de participar na aprovação das decisões sobre o meio ambiente em que vive*.”; Constituição do Reino da Suécia, artigo 2º, n. 2 (redação de 01 de janeiro de 1975, alterada em 01 de janeiro de 1995): “*O bem-estar pessoal, económico e cultural do indivíduo constitui o objectivo fundamental da actividade pública. À comunidade caberá especialmente assegurar o direito ao trabalho, à habitação e à educação, bem como promover a assistência e a segurança social a um ambiente favorável*.” (Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 2ª edição, pp. 179 e 180).

¹⁷ Nesse sentido: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 2ª edição, p. 179.

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 2ª edição, p. 180.

¹⁹ Assim se pronuncia acerca da Lei Maior de 1976: DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. **Op. cit.**, p. 79 e 80.

²⁰ Cf. SILVA, Vasco Pereira da. **Verde Cor de Direito: Lições de Direito do Ambiente**. Coimbra, Almedina, 2003, reimpressão, p. 102. Nesse sentido: ANTUNES, Luís Filipe Colaço. O Direito do Ambiente como direito da complexidade, in **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**. Coimbra, Almedina, Instituto de Direito do Urbanismo e do Ambiente, LDA. (IDUAL), publicação semestral, n. 10, dezembro/1998, pp. 40 a 42; DELL'ANNO, Paolo. **Manuale di Diritto Ambientale**. Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 2003, quarta edizione, p. 185.

²¹ DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. **Op. cit.**, p. 79 e 80.

²² Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 2ª edição, p. 179.

²³ Por sinal, está-se a tecer comentários acerca de ambiente que foi alçado à condição de direito fundamental pelo § 2º do artigo 5º da Carta Magna brasileira de 1988, como bem acentuado pelo

O momento é propício para que se atente a pensamentos que, passíveis de serem vistos como indissociáveis “...do movimento liberal no seu conjunto”,²⁴ desenvolveram-se paralelamente à caminhada²⁵ do administrador-juiz²⁶ em direção a um *contencioso de plena jurisdição*.²⁷ Nos moldes da compatibilização da soberania do Estado moderno e da liberdade dos indivíduos que se mostrou intrínseca à Teoria dos *Direitos Subjetivos Públicos*²⁸ que terminou por surgir na segunda metade do século XIX, reconheciam-se estes “*súditos*” como *sujeitos de Direito*²⁹ passíveis de serem vistos como titulares de posições que, na medida em que tuteladas pelo ordenamento jurídico em meio a uma autolimitação da soberania estatal,³⁰ revelavam-se como *direitos subjetivos públicos* a que se

Supremo Tribunal Federal da República Federativa do Brasil no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 939-07 (Distrito Federal). E ainda se pode fazer menção ao artigo 79 da Constituição da Colômbia (Consoante bem apontado por Julio César Rodas Monsalve (Cf. MONSALVE, Julio César Rodas. La protección penal del ambiente y función simbólica del derecho penal. In **Revista del Instituto de Ciencias Penales y Crimonologicas. Derecho Penal y Crimonologia**. N. 51, Volume XV, Colombia, 1993, p. 166; Supremo Tribunal da Colômbia, em julgamento proferido em 17 de junho de 1992, no bojo do processo autuado sob o n.º T-145, para que se fique com mais um exemplo. E é bom que se ressalte que o assento constitucional ainda veio a ser reservado ao ambiente no corpo do artigo 70 da Constituição de Cabo Verde; do artigo 24 da Constituição de Angola; do artigo 9º da Constituição italiana; dos artigos 22-*quartier*, 24-*bis*, 24-*sexies* e 24-*septies* da Constituição suíça; do artigo 56 da Constituição turca; do artigo 21 da Constituição holandesa; dos artigos 15 e 55 da Constituição búlgara; da alínea “e” do número 2 do artigo 144 da Constituição romena; dos artigos 72 e 73 da Constituição da Eslovênia; do artigo 48-A e na alínea “g” do artigo 51 da Constituição indiana; do artigo 33 da Constituição sul-coreana; dos artigos 9 e 28 da Constituição chinesa; do número 1 do artigo 38 da Constituição cubana; dos artigos 11 e 123 da Constituição peruana; do artigo 50 da Constituição equatoriana; dos artigos 8 e 19 da Constituição chilena e dos artigos 79, 80 e 88 da Constituição colombiana.

²⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado do Direito: Do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra, Almedina, 2006, p. 81, nota de rodapé 167.

²⁵ Cf. SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise...**, p. 25-38, 52 e 257.

²⁶ A propósito, leia-se: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Op. cit.**, p. 31; SILVA, Vasco Pereira da. **Op. cit.**, p. 25 a 29.

²⁷ Cf. DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. **Op. cit.**, p. 89. No sentido do texto: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Op. cit.**, p. 38 e 39; SILVA, Vasco Pereira da. **Para um Contencioso Administrativo dos Particulares: Esboço de uma Teoria Subjectivista do Recurso Directo de Anulação**. Coimbra, Almedina, 1989, p. 47. A propósito de um Direito Administrativo voltado à proteção dos administrados contra os abusos da Administração: WADE e FORSYTH. **Administrative Law**. Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 05.

²⁸ ORLANDO, V. E. **Primo trattato completo di Diritto Amministrativo italiano**. Milano, 1897, pp. VI e VII.

²⁹ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado do Direito: Do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra, Almedina, 2006, p. 83.

³⁰ Cf. JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Traducción de Fernando de los Ríos. Prólogo de Fernando de los Ríos. México, Fondo de cultura Económica, 2002, primera edición en español, primera reimpresión, pp. 344-346.

associavam os correspondentes deveres a serem cumpridos por aquele Estado moderno.³¹ *Sujeitos de Direito* a quem o Estado, numa autolimitação de sua soberania,³² atribuída personalidade jurídica de modo a reconhecer-lhes determinadas *Zustände*,³³ passíveis de serem vistas como condições juridicamente relevantes das quais resultavam pretensões jurídicas³⁴ que, denominadas *Ansprüche*,³⁵ capacitavam-nos a reclamar a tutela jurídica do Estado.³⁶

A partir daí é que se podia falar em *Direitos Subjetivos Públicos*, que se distinguiam de acordo com a posição em que o indivíduo se encontrava relativamente ao Estado.³⁷ Iniciava-se com o passivo *status subjectionis*, que representava uma ausência de personalidade jurídica³⁸ e um estado de subordinação daquele relativamente a este. Em seguida, passava-se pelo negativo *status libertatis*, destinado a assegurar a liberdade daquele perante este e a reconhecer-lhe *uma esfera independente*,³⁹ e pelo positivo *status civitatis*, que concedia àquele direitos a prestações a serem fornecidas por este. Chegava-se ao expoente máximo com o ativo *status activae civitatis*, que atribuída àquele um direito de participação⁴⁰ que lhe tornava apto a fazer parte da constituição deste⁴¹ e a participar do exercício do

³¹ Cf. JELLINEK, Georg. **Sistema dei Diritti Pubblici Subiettivi**. Milano, 1912, Tradução italiana de “*System der subjektiven öffentlichen Rechte*”, Tübingen, 1905, 2ª ed., p. 92 e segs. A respeito do tema: NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado do Direito: Do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra, Almedina, 2006, p. 82.

³² A respeito do tema: JELLINEK, Georg. **Teoría General...**, pp. 346-352.

³³ Cf. JELLINEK, Georg. **Sistema dei Diritti Pubblici...**, p. 96. Tradução livre do autor: “*Condições*”.

³⁴ Cf. JELLINEK, Georg. **Sistema dei Diritti Pubblici...**, p. 96.

³⁵ Cf. JELLINEK, Georg. **Sistema dei Diritti Pubblici...**, p. 96. Tradução livre do autor: “*Reclamações*”.

³⁶ Cf. JELLINEK, Georg. **Sistema dei Diritti Pubblici...**, p. 92. Também nesse sentido: NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria...**, p. 83.

³⁷ A respeito da evolução histórica do poder do Estado e sua relação com os indivíduos: JELLINEK, Georg. **Teoría General...**, pp. 401 e segs.

³⁸ Nesse sentido: JELLINEK, Georg. **Sistema dei Diritti Pubblici...**, p. 96 e segs. Em mesmo sentido, ao tecer comentário ao “*Sistema dei Diritti Pubblici Subiettivi*”: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 4ª edição, revista e actualizada, pp. 88 e 89.

³⁹ Também destacando esse aspecto: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 4ª edição, revista e actualizada, p. 88.

⁴⁰ A respeito desses direitos de participação popular: ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra, Almedina, 2009, 4ª edição, p. 54.

⁴¹ Cf. JELLINEK, Georg. **Sistema dei Diritti Pubblici Subiettivi...**, p. 96 e segs. A respeito do *status civitatis*: DUSI, Bartolomeo. **Istituzioni di Diritto Civile**. Primo Volume. Torino, G. Giappichelli Editore, 1940, Terza edizione aggiornata e coordinata col libro “*Delle Persone*” e col libro “*Delle*

poder político.⁴² Conquanto o tema já tivesse sido abordado por Carl Friedrich von Gerber, em seu “*Über öffentliche Rechte*”,⁴³ de 1852, e em seu “*Grundzuge eines System des deutschen Staatsrechts*”,⁴⁴ de 1865, notoriamente se tem considerado Georg Jellinek e seu “*System der subjektiven öffentliche Rechte*”,⁴⁵ de 1892, como autênticas referências da Teoria dos *Direitos Subjetivos Públicos*.⁴⁶

Nada obstante a coerente crítica de Jorge Miranda quanto à circunstância de Georg Jellinek haver desconsiderado a *interdependência* dos diversos direitos⁴⁷ em seu “*System der subjektiven öffentliche Rechte*”,⁴⁸ extrai-se naturalmente de sua leitura a permissão para que se fale num Direito *ao Ambiente*.⁴⁹ Realmente não pode ser outra a conclusão no que se refere ao *status* que permite que um membro dessa mesma Coletividade, revestido de legitimidade popular ou pública, venha a judicialmente exigir do Estado ou de quem quer que seja a prática ou a abstenção de condutas que tenham por intuito preservar o ambiente. Impreterivelmente, estar-se-á perante verdadeiros *direitos subjetivos*, não se vislumbrando qualquer

Successioni per causa di morte e delle donazioni”, del nuovo Codice Civile da Silvio Romano, pp. 66 e 67; VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. Volume I. São Paulo, Editora Atlas S.A., 2008, 8ª edição, p. 129. Em comentário à teoria dos *status* de Georg Jellinek, Peter Häberle critica o fato de que “...los singulares status están aislados y agrupados de una manera fija con una concepción espacial.” (HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Traducción: Joaquín Brage Camazano, Madrid, Dykinson, 2003, p. 21). A respeito desse catálogo de *direitos subjetivos públicos*: NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado do Direito: Do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra, Almedina, 2006, p. 84.

⁴² Igualmente destacando esse ponto: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 4ª edição, revista e actualizada, p. 89.

⁴³ Tradução livre do autor: “*Sobre os direitos do público*”.

⁴⁴ Tradução livre do autor: “*Parte fundamental de um sistema de direito constitucional alemão*”.

⁴⁵ Tradução livre do autor: “*Sistema de direitos públicos subjetivos*”. Obra que foi traduzida para o italiano: JELLINEK, Georg. **Sistema dei Diritti Pubblici Subiettivi**. Milano, 1912, Tradução italiana de “*System der subjektiven öffentliche Rechte*”, Tübingen, 1905, 2ª ed.

⁴⁶ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado do Direito: Do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra, Almedina, 2006, p. 83.

⁴⁷ Consoante ressalta Jorge Miranda: “...recordem-se a democracia ateniense com o seu *déficit* de liberdade individual e o Estado liberal com direitos políticos e sem direitos sociais.” (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 4ª edição, revista e actualizada, p. 89)

⁴⁸ Tradução livre do autor: “*Sistema de direitos públicos subjetivos*”.

⁴⁹ Sem fazer menção à expressão *direito difuso*, Vasco Pereira da Silva assim se manifesta no que diz respeito à possibilidade de se reconhecer a existência de um direito subjetivo ao ambiente (SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito...**, p. 92).

motivo para que se continue denegrindo-os⁵⁰ por meio de seu tratamento como meros *interesses*.⁵¹ Aliás, espera-se poder assim concluir sem que se tenha de recorrer à respeitável “*Teoria da Norma de Proteção*” idealizada por O. Buehler e reformulada por Bachof,⁵² e sim por consequência de uma atenta interpretação que necessariamente se há de conferir aos *direitos subjetivos públicos* idealizados por Georg Jellinek.⁵³ Na verdade, o termo *öffentliche*⁵⁴ há de se revestir de significados distintos, mas que jamais hão de excluir um ao outro, conforme a perspectiva por que se venha a encará-lo.

Numa perspectiva unicamente processual, o *öffentliche* fica por conta da possibilidade de, por intermédio do exercício da pretensão à tutela jurídica,⁵⁵ tais

⁵⁰ Corretamente considerando haver uma degradação nessa redução dos *direitos subjetivos* a simples *interesses*: SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito...**, p. 96; IRELLI, Vincenzo Cerulli. La Riforma della Giustizia Amministrativa: Considerazioni Introduttive, in IRELLI, Vincenzo Cerulli. **Verso il nuovo Processo Amministrativo**. Torino, G. Giappichelli Editore, 2000, p. 04. Exemplo de tal degradação se encontra na obra de Fernando Araújo (ARAÚJO, Fernando. **A hora do Direito dos Animais**. Coimbra, Almedina, 2003, p. 13), onde esse destaca que Harvard Law School, pretendendo instaurar um curso de “Animal Rights Law”, teve o cuidado de seguir uma postura cautelosa e reconhecer que os não-humanos, por não terem personalidade jurídica nem disporem de *direitos subjetivos*, gozam somente de uma proteção especial de seus *interesses* (ARAÚJO, Fernando. **A hora do Direito dos Animais...**, p. 13).

⁵¹ Nesse sentido: GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo; RAMOS FERNÁNDEZ, Tomás. **Curso de Derecho Administrativo, II**. Madrid, Civitas, 1988, 2ª ed., p. 533; JORDANO FRAGA, Jesús. **La protección del derecho a un medio ambiente adecuado**. Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1995, p. 260. Em tópico no qual reconhece o direito ao ambiente como um dos direitos sociais, José Joaquim Gomes Canotilho termina por compreendê-los “...como autênticos *direitos subjetivos ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediatas*.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, Almedina, 2010, 7ª edição, 7ª reimpressão, p. 476). Citação de José Joaquim Gomes Canotilho que, por sinal, já veio a ser empregada em sede de acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Administrativo português (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 25 de junho de 1992, in **Apêndice do Diário da República**, 16 de abril de 1996, Portugal, p. 4278).

⁵² De acordo com tal teoria, há direito subjectivo “*sempre que uma norma jurídica exija um determinado comportamento ao poder público para a satisfação de interesses individuais*” (BUEHLER, O. **Die Subjektiven Oeffentlichen Rechte und ihr Schutz in der Deutschen Verwaltungsrechtsprechung**. Kolhammer, Berlin, Stuttgart, Leipzig, 1914; BACHOF. Reflexwirkungen und Subjektive Rechte im oeffentlichen Recht, in **Gedaechtnisschrift fuer Walter Jellinek: Forschungen und Berichte aus dem oeffentlichen Recht**. Gunther & Olzog, Muenchen, 1955, 2ª ed., p. 301, apud SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito...**, p. 97).

⁵³ Leia-se: JELLINEK, Georg. **Sistema dei Diritti Pubblici...**, p. 92 e segs.

⁵⁴ Tradução livre do autor: “*públicos*”.

⁵⁵ E justamente aqui estaria o campo de atuação da prerrogativa que se reconhecia aos membros da Coletividade por meio das “*Ansprüche*” (Tradução livre do autor: “*Reclamações*”). No que se refere à necessidade de os direitos fundamentais poderem ser defendidos em Juízo, sempre que isso venha a se mostrar preciso: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p. 85; MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito**

direitos subjetivos serem exigidos perante o Estado.⁵⁶ Registre-se que, ultrapassadas as fases dos arbitramentos facultativo⁵⁷ e obrigatório⁵⁸ e consagrada a justiça pública⁵⁹, atualmente a função jurisdicional do poder estatal somente pode ser exercida pelo Estado, em decorrência de ser esse o detentor do monopólio do poder de “*dizer o direito*”⁶⁰, a teor do preceituado no inc. XXXV do art. 5º da Carta Magna brasileira. Na condição de detentor do monopólio⁶¹ do poder de dizer o direito⁶², o Estado lhe vê ser atribuído, correlatamente, o dever de

Constitucional. Tomo IV. Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 4ª edição, revista e actualizada, p. 320; MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais: Introdução geral...**, p. 131; DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. **Tutela Ambiental e Contencioso Administrativo.** Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 82 a 85; DUARTE, Ronnie Preuss. **Garantia de Acesso à Justiça: Os Direitos Processuais Fundamentais.** Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 17. Em mesmo sentido: COULON, Jean Marie e FRISON-ROCHE, Marie-Anne. *Le Droit d'Accès à la Justice*, in CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry. **Droits Fondamentaux.** Paris, Dalloz, 2002, 8ª ed., p. 473. Na jurisprudência portuguesa: Acórdão do Tribunal Constitucional n. 497, de 20 de março de 1996, in **Acórdãos do Tribunal Constitucional.** Volume 33, Lisboa, Tribunal Constitucional, 1996, p. 677. Em mesmo sentido, na doutrina brasileira: OLIVEIRA, Marcela Andrade Cattoni de. Prestação jurisdicional e Estado Democrático de Direito, in **Revista Brasileira de Estudos Políticos.** Julho de 1997, n. 85, p. 103 e segs.; MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. **Teoria Geral do Processo: O processo como serviço público.** Curitiba, Juruá Editora, 2009, 3ª edição, p. 109; MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. Exegese do inciso VI do artigo 84 da Carta Magna, in **Revista Forense**, Volume 375. São Paulo, Editora Revista Forense, setembro/outubro de 2004, p. 63 e segs., in **CDROM da Revista Forense.** Volume 368; MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. Da pretensão à tutela jurídica e dos aspectos referentes à relação jurídica processual, in **CD-ROM da Revista Forense**, 2001. v. 355; MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. **Embargos à Execução: Sentença de Procedência e Improcedência.** Curitiba, Juruá Editora, 2008, 3ª edição, p. 26 e 27.

⁵⁶ Cf. JELLINEK, Georg. **Sistema dei Diritti Pubblici Subiettivi...**, p. 96. Natureza pública que decorre da circunstância de se estar diante da função jurisdicional do poder estatal. Um poder que, a fim de que possa ser melhor exercido, é desmembrado em basicamente três funções, a saber: a legislativa, a executiva e a jurisdicional. Assim compreendem, dentre outros: BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Ed. Saraiva, 1999, 20. ed., p. 341; BETTI, Emilio. **Diritto processuale civile italiano.** Roma: Il Foro Italiano, 1936, p. 1; CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de Derecho Procesal Civil**, volumen I. Traducción de la segunda edición italiana y estudio preliminar por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973, p. 185; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Livraria Almedina, 1998, 2. ed., p. 495; CHIOVENDA, Giuseppe, **Principi di diritto processuale civile**, Napoli, 1923, 3. ed., p. 63; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** São Paulo: Editora Atlas S.A., 2001, 13. ed., p. 55; LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di Diritto Processuale Civile**, v. I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1955, p. 3; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros Editores, 2001, 14. ed., p. 28 e 29; REDENTI, Enrico. **Diritto Processuale Civile**, v. 1. Bologna, Giuffrè Editore, 1980, 3ª edizione, p. 3 a 7; SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Ed. Malheiros. 1993, 9. ed., p. 98.

⁵⁷ Nesse sentido: ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, p. 183; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 22-23; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1, p. 23; HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** Entre facticidade e validade. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler – UFG. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II, p. 231.

prestar a tutela jurisdicional⁶³, sempre que o exercício dela lhe é exigido por quem vem a se valer da pretensão à tutela jurídica constitucionalmente assegurada⁶⁴. Nitidamente se percebe que, em virtude de se estar diante de uma jurisdição que se afigura essencialmente pública pela sua própria natureza de função do poder estatal,⁶⁵ justifica-se plenamente o emprego do termo *öffentliche*,⁶⁶ pouco importando quem se encontre situado no lado oposto da relação jurídica

⁵⁸ Dentre os que discorrem acerca do tema: ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. I, p. 183; CONSOLO, Claudio. **Spiegazioni di diritto processuale civile – Tomo primo: Le tutele**. Quarta edizione riveduta. Bologna, 2000. p. 72; J.A. d’Ors. **Derecho Privado Romano**. Novena edición. España/Pamplona: Universidad de Navarra, 1997. p. 115 e ss.; KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Trad. de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle e revisão de Maria Armanda de Saint-Maurice. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999. p. 435-439; KUNKEL, Wolfgang. **Historia del derecho romano**. Traducción de la cuarta edición alemana por Juan Miguel. España, Barcelona: Ariel, 1999. p. 95 e ss.; MAY, Gaston. **Éléments de Droit Roman**. Dix-huitième édition. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1935. p. 608 e ss.; PETIT, Eugene. **Tratado elemental de derecho romano**. Buenos Aires: Albatros, p. 824 e ss.; SCHULZ, Fritz. **Derecho romano clásico**. Traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch, 1960. p. 14 e ss.

⁵⁹ Nesse sentido: ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, p. 183-184; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 23; KASER, Max. *Op. cit.*, p. 434; VÉSCOVI, Enrique. *Op. cit.*, p. 22.

⁶⁰ A esse respeito: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 31; MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. Da pretensão à tutela jurídica e dos aspectos referentes à relação jurídica processual. In: **CD-ROM da Revista Forense**, 2001. v. 355; RAMOS MENDEZ, Francisco. **Derecho Procesal Civil**. Quinta edición. Barcelona: José Maria Bosch, 1992. t. I, p. 58; PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino. **Teoria Geral do Processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 20; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. I, p. 26; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 205.

⁶¹ RAMOS MENDEZ, Francisco. **Derecho Procesal Civil**. Quinta edición. Barcelona: José Maria Bosch, 1992. t. I, p. 58.

⁶² Assim afirmamos em: MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. Da pretensão à tutela jurídica e dos aspectos referentes à relação jurídica processual. In: **CD-ROM da Revista Forense**, 2001. v. 355. A esse respeito: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 31; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. I, p. 26; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 205. Complementando esses singelos e resumidos dizeres acerca da jurisdição, Manuel Galdino Paixão Júnior a define como a “...atividade de declarar e fazer atuar o direito do caso concreto”. (PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino. **Teoria Geral do Processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 20).

⁶³ É sempre conveniente lembrar, a exemplo de Luiz Flávio Yarshell: “(...) não há identidade entre jurisdição e tutela jurisdicional: enquanto a primeira designa a atividade – também função e poder – estatal, a segunda designa a proteção (tutela) que se proporciona por meio do exercício dessa atividade; proteção que, como visto, reside não apenas no resultado final (“produto”) da atividade, mas bem ainda no meio (processo) empregado para seu exercício”. (YARSELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Atlas S.A., 1999. p. 127).

⁶⁴ Cf. SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 713; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo:

processual.⁶⁷ E isso porque o caráter público desta permanece inalterado independentemente da natureza pública ou privada de que se revista aquele litigante.⁶⁸ Nada obstante se tenha de partir de uma premissa de legitimidade popular ou pública⁶⁹ e se precise deixar um pouco de lado o *status activae civitatis*,⁷⁰ não há dúvida de que esta exigência naturalmente se amolda àquele positivo *status civitatis*, no sentido de conferir a esse membro da Coletividade um direito a prestações a serem fornecidas pelo Estado em prol da defesa do ambiente.⁷¹ Sem desprezar o *status activus processualis*⁷² e jamais se perdendo de vista a ideia de “*standard mínimo*”,⁷³ aos poucos se percebe que se trata de algo na

Saraiva, 2002. p. 105. Ainda a respeito desse dever: LIAÑO GONZALEZ, Fernando Gomez. **El Proceso Civil**. Oviedo, Editorial Forum, S.A., 2ª edición, ampliada y puesta al día, p. 93.

⁶⁵ Nesse sentido: RODRIGUEZ U., Jose. **Autoridad del Juez y principio dispositivo**. Prologo del Professor D. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Valencia - Venezuela, Universidad de Carabobo, Instituto de Derecho Privado y Comparado, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Stvdia 1, 1968, p. 101.

⁶⁶ Tradução livre do autor: “*públicos*”.

⁶⁷ Com isso se espera rebater a crítica de José Joaquim Gomes Canotilho em relação aos *direitos subjetivos públicos*, não momento em que ressalta que os “...*direitos, liberdades e garantías são hoje direitos subjetivos, independentemente do carácter público ou privado*” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, Almedina, 2010, 7ª edição, 7ª reimpressão, p. 1295).

⁶⁸ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità: Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile**. I. Milano, 1962, sección segunda, capítulo quinto.

⁶⁹ No caso, exercida pelo Ministério Público.

⁷⁰ A respeito desse catálogo de *direitos subjetivos públicos*: NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado do Direito: Do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra, Almedina, 2006, p. 84.

⁷¹ Compreendendo que o direito ao ambiente apresenta vertentes positivas e negativas: SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito...**, p. 102.

⁷² Acerca do qual muito se vem comentando atualmente. Leia-se: SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra, Almedina, Colecção teses, 2003, p. 162.

⁷³ Nos dizeres de José Carlos Vieira de Andrade: “...*só devem reconhecer-se posições jurídicas subjectivas substantivas no âmbito de uma garantia institucional, quanto estejam em causa interesses individualizáveis referidos ao núcleo essencial da instituição, quando se trate de prestações necessárias, protecções indispensáveis ou procedimentos únicos. Em todos os casos, optamos pelas ideias da «necessidade» ou do «standard mínimo» para determinar a existência de um direito subjectivo, susceptível de tutela judicial, já que não são aceitáveis, neste contexto, nem um «imperativo de optimização», nem um casuismo decisório.*” (ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra, Almedina, 2009, 4ª edição, p. 148). Como bem ressalta Jorge Reis Novais: “*Em todo o caso, da dimensão objectiva dos direitos fundamentais resultará sempre, não apenas uma orientação substancial sobre o sentido a que deve obedecer a satisfação dos deveres estatais, como a garantia de um padrão mínimo de realização que, não sendo atingido, significará a violação de uma proibição constitucional de défice de actuação que vincula juridicamente os poderes do Estado, inclusivamente em termos de poder configurar a existência definitiva de pretensões ou direitos subjectivos à respectiva actuação sempre que esteja em*

linha dos “direitos a prestações”, principalmente no que diz respeito a uma perspectiva de “direitos de proteção”⁷⁴ “perante terceiros”.⁷⁵ E sequer se podem afastar as funções “de defesa ou de liberdade”,⁷⁶ que igualmente se encontram presentes no *status libertatis*⁷⁷ concernente a esse *Direito ao Ambiente* ecologicamente equilibrado.⁷⁸ E a razão para que assim se conclua está na necessidade de os membros da Coletividade estarem constitucionalmente autorizados a, “num plano jurídico-subjetivo”,⁷⁹ judicialmente exigirem “...omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos”.⁸⁰

Em sede de uma perspectiva material por que se pode encarar o *öffentliche*⁸¹ de Georg Jellinek, tem-se de enfrentar a resistência a se inserirem quaisquer direitos fundamentais de carácter privado na fórmula dos *direitos subjetivos públicos*.⁸² Diga-

causa a garantia dos pressupostos mínimos necessários ao exercício da liberdade.” (NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 76 e 77).

⁷⁴ Sempre se lembre que os *direitos de proteção* permitem ao indivíduo exigir do Estado que esse os proteja contra ingerências de terceiros (SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília, Brasília Jurídica, 2005. p. 99).

⁷⁵ Situações em que “...da garantia constitucional de um direito resulta o dever do Estado adoptar medidas positivas destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais perante actividades perturbadoras ou lesivas dos mesmos praticadas por terceiros.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, Almedina, 2010, 7ª edição, 7ª reimpressão, p. 409). Consoante se percebe, está-se a perfilhar uma perspectiva de direitos de proteção, deixando um pouco de lado a perspectiva dos “direitos a prestações materiais sociais” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, 5ª edição, revista, ampliada e atualizada, p. 185).

⁷⁶ A respeito dessas, leia-se: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional...**, p. 407.

⁷⁷ A respeito desse catálogo de *direitos subjetivos públicos*: NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado do Direito: Do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra, Almedina, 2006, p. 84.

⁷⁸ Vasco Pereira da Silva ressalta que se podem encontrar as duas vertentes no *Direito ao Ambiente*: “O direito ao ambiente, oriundo da terceira geração dos direitos humanos, apresenta em simultâneo uma vertente negativa, que garante ao seu titular a defesa contra agressões ilegais no domínio constitucionalmente garantido, e uma vertente positiva, que obriga à actuação das entidades públicas para a sua efectivação” (SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito...**, p. 102).

⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional...**, p. 408.

⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional...**, p. 408.

⁸¹ Tradução livre do autor: “públicos”.

⁸² Criticando a possibilidade inserir os direitos fundamentais em geral na fórmula dos *direitos subjetivos públicos*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional...**, pp. 1294 e 1295. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV..., p. 66. No que se refere à impossibilidade de o Direito Ambiental ser considerado um *direito subjetivo*: ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **O procedimento administrativo de Avaliação de Impacto Ambiental**. Coimbra, almedina, 1998, pp. 71 e segs.

se, de passagem, uma resistência que esbarra na circunstância de que nem todos *Direitos Subjetivos Públicos* a que fez menção Georg Jellinek,⁸³ em seu catálogo a respeito dos diferentes *status*,⁸⁴ referirem-se a *direitos subjetivos* que só se enquadram na categoria de direitos *de caráter público*, algo que se revela ainda mais perceptível frente ao negativo *status libertatis*, que se presta a assegurar a liberdade do indivíduo perante o Estado.⁸⁵ A não ser que alguém duvide da natureza privada de que usualmente se reveste o direito de propriedade, por exemplo, deduz-se facilmente que outro tem de ser o significado a ser dado para o termo *öffentliche*⁸⁶ a que alude Georg Jellinek. Nesse ponto é que entra em cena a leitura que Vasco Pereira da Silva tem feito do referido “*System der subjektiven öffentlichen Rechte*”,⁸⁷ no sentido de se lhe extrair o princípio da dignidade da pessoa humana em todo o seu esplendor,⁸⁸ “...reconhecendo uma esfera privada de liberdade e de autonomia em face do Estado, assim como um estatuto que permite aos indivíduos ‘tratar de igual para igual’ com as entidades públicas”.⁸⁹ A brilhante leitura que vem sendo feita por Vasco Pereira da Silva se ampara num respeito pela *dignidade da pessoa humana*, do qual decorre uma “*exigência de ordem axiológica*” que se traduz no reconhecimento de *direitos subjetivos* que se prestam a fazer com que o indivíduo deixe de ser *súdito e objeto do poder* e passe a ser *sujeito de direito e cidadão*.⁹⁰ Numa intenção de não restringir seu posicionamento à *pretensão à tutela jurisdicional*, inclusive por coerência à sua adesão à “*Teoria da*

⁸³ Leia-se: JELLINEK, Georg. **Sistema dei Diritti Pubblici Subiettivi...**, p. 92 e segs.

⁸⁴ Cf. JELLINEK, Georg. **Sistema dei Diritti Pubblici Subiettivi...**, p. 96 e segs. A respeito desse catálogo de *direitos subjetivos públicos*: NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado do Direito: Do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra, Almedina, 2006, p. 84.

⁸⁵ A respeito dos *status negativus* pertinente às liberdades pessoais: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional...**, p. 405; MARTÍNEZ, Juan Manuel Goig. La libertad y la seguridad, in GONZÁLEZ, Santiago Sánchez (Coordinador). **Dogmática y práctica de los derechos fundamentales**. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 183-204.

⁸⁶ Tradução livre do autor: “*públicos*”.

⁸⁷ Tradução livre do autor: “*Sistema de direitos públicos subjetivos*”.

⁸⁸ Cf. SILVA, Vasco Pereira. **Verde cor de Direito...**, p. 92.

⁸⁹ Cf. SILVA, Vasco Pereira. **Verde cor de Direito...**, p. 92.

⁹⁰ Nesse sentido: SILVA, Vasco Pereira da. **Em busca do Ato Administrativo Perdido**. P. 212. Nas palavras de Georg Jellinek: “...el Estado se obliga a sí mismo en el acto de crear un derecho respecto de sus súbditos” (JELLINEK, Georg. **Teoría General...**, p. 348).

Norma de Proteção” idealizada por O. Buehler e reformulada por Otto Bachof,⁹¹ Vasco Pereira da Silva se serve aparentemente da noção de *pretensão de direito material*,⁹² algo que se consegue presumir a partir de sua menção à “*defesa*” ou “*reacção*” que a ordem jurídica concede ao titular do direito fundamental *violado*, para dizer que a violação deste faz com que aquela atribua a esse um “*direito subjectivo público*”.⁹³

Nada obstante a coerência e o acerto de que se reveste a leitura que Vasco Pereira da Silva tem feito do “*System der subjektiven öffentliche Rechte*”,⁹⁴ poder-se-ia compreender que segue sem resposta a ressalva emitida por José Joaquim Gomes Canotilho à obra de Georg Jellinek, no sentido de ser questionável pressupor que “*...os direitos, liberdades e garantias, como direitos subjectivos públicos, derivam imperativamente da lei*”.⁹⁵ Implicitamente rebatida pela afirmação de Vasco Pereira da Silva no sentido de que os *direitos subjectivos públicos* decorrem do *direito*, e não apenas da *lei*,⁹⁶ a crítica de José Joaquim Gomes Canotilho se ampara em sua constatação, por sinal irrepreensível, de que os *direitos, liberdades e garantias* “*... não se deduzem, com base em concepções imperativísticas, das normas legais*.”⁹⁷ Por sinal, nenhuma surpresa se terá com eventuais críticas ao presente estudo que terminem por se amparar no argumento de ele próprio não ter feito uma *atenta*

⁹¹ De acordo com tal teoria, há direito subjectivo “*sempre que uma norma jurídica exija um determinado comportamento ao poder público para a satisfação de interesses individuais*” (BUEHLER, O. **Die Subjektiven Oeffentlichen Rechte und ihr Schutz in der Deutschen Verwaltungsrechtsprechungen**. Kolhammer, Berlin, Stuttgart, Leipzig, 1914; BACHOF. Otto. Reflexwirkungen und Subjektive Rechte im oeffentlichen Recht, in **Gedaechtnisschrift fuer Walter Jellinek: Forschungen und Berichte aus dem oeffentlichen Recht**. Gunther & Olzog, Muenchen, 1955, 2ª ed., p. 301, *apud* SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito...**, p. 97).

⁹² No que se refere a uma distinção entre a *Anspruch* processual e a *Anspruch* material: MENCHINI, Sergio. **I limiti oggettivi del giudicato civile**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., 1987, p. 20 e segs.

⁹³ Nesse sentido: SILVA, Vasco Pereira da. **Em busca do Ato Administrativo Perdido**. P. 238 a 240.

⁹⁴ Tradução livre do autor: “*Sistema de direitos públicos subjectivos*”.

⁹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional...**, p. 1295.

⁹⁶ Cf. SILVA, Vasco Pereira da. **Em busca do acto...**, p. 281. Vasco Pereira da Silva assim ressalta a respeito: “*Titulares de direitos subjectivos públicos são, pois, tanto os indivíduos a quem eles foram concedidos directamente pela ordem jurídica (quer tenham por fonte a Constituição, a lei, o acto ou o contrato), como aqueles que foram lesados por uma actuação administrativa, que não os tinha por imediatos destinatários, mas que em virtude dessa agressão (ou da eventualidade dela) podem alegar um direito de defesa decorrente dos direitos fundamentais*” (SILVA, Vasco Pereira da. **Em busca do acto...**, p. 282).

⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional...**, p. 1295.

leitura do “*System der subjektiven öffentlichen Rechte*”,⁹⁸ de Georg Jellinek. E a razão para tanto está na circunstância de Georg Jellinek pressupor a existência de uma *relação jurídica* na base dos *direitos subjetivos públicos*⁹⁹ que provêm de posições tuteladas pelo ordenamento jurídico em meio a uma autolimitação da soberania estatal.¹⁰⁰ Aliás, cuida-se de um aspecto que claramente se depreende deste trecho do “*System der subjektiven öffentlichen Rechte*”: “*Qualunque diritto è un rapporto fra subbietti di diritto*”.¹⁰¹

Não sem antes atentar à *indiscutível*¹⁰² “...*influência da filosofia política de I. Kant no desenvolvimento da ideia de estado de direito*”,¹⁰³ para o que se tem de parafrasear o próprio José Joaquim Gomes Canotilho, há de se rebatê-las a partir da compreensão de Immanuel Kant no que se refere à desnecessidade de norma escrita¹⁰⁴ para a existência do “*soberano bem*” a que se reporta em seus estudos.¹⁰⁵ Notadamente, um “*soberano bem*”¹⁰⁶ a que se pode recorrer para justificar a solidariedade entre gerações¹⁰⁷ que se encontra assentada no valor da *dignidade*

⁹⁸ Tradução livre do autor: “*Sistema de direitos públicos subjetivos*”.

⁹⁹ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado do Direito: Do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra, Almedina, 2006, p. 83.

¹⁰⁰ Cf. JELLINEK, Georg. **Sistema dei Diritti Pubblici Subiettivi...**, p. 92 e segs. A respeito do tema: NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado do Direito: Do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra, Almedina, 2006, p. 82.

¹⁰¹ JELLINEK, Georg. **Sistema dei Diritti Pubblici Subiettivi...**, p. 55. Tradução livre do autor: “*Todo direito é uma relação jurídica entre o sujeito de direito*”.

¹⁰² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional...**, p. 278.

¹⁰³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional...**, p. 278.

¹⁰⁴ Isso porque Immanuel Kant não nega a necessidade de uma lei moral para tanto (Cf. KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de “*Kritik der praktischen Vernunft*” por Artur Morão, Lisboa, Edições 70 Lda., 2008, pp. 184 a 199).

¹⁰⁵ O que não quer dizer que não deva servir de fundamento para a lei, como se percebe deste trecho de Immanuel Kant: “*A realização do soberano bem no mundo é o objeto [Objekt] necessário de uma vontade determinável pela lei moral.*” (KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de “*Kritik der praktischen Vernunft*” por Artur Morão, Lisboa, Edições 70 Lda., 2008, p. 172). “*Soberano bem*” por ele descrito como um imperativo de não se causar aos outros um mal que não se quer para si mesmo (Nesse sentido: KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de “*Kritik der praktischen Vernunft*” por Artur Morão, Lisboa, Edições 70 Lda., 2008, pp. 157 a 222).

¹⁰⁶ A respeito: KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de “*Kritik der praktischen Vernunft*” por Artur Morão, Lisboa, Edições 70 Lda., 2008, pp. 157 a 222, p. 172).

¹⁰⁷ Em mesmo sentido: MIRANDA, Jorge. **Op. cit.**, p. 535; OST, François. **A natureza à margem da lei: A Ecológica à prova do Direito**. Tradução de “*La nature hors la loi*” por Joana Chaves, Lisboa, Instituto Piaget, 1995, p. 318 e segs.

da pessoa humana,¹⁰⁸ de modo a assegurar que as também dignas gerações futuras “...possam igualmente desfrutar dos bens da natureza”,¹⁰⁹ motivo por que se tem de preservá-los de modo a resguardar o equilíbrio ecológico do sistema.¹¹⁰ E ainda se pode recorrer à perspectiva *jusnaturalista* de Arthur Kaufmann, para quem não se pode pensar numa normatividade jurídica “apenas a partir da ideia de direito”, e vice-versa,¹¹¹ premissa de que também se parte, em sede de um Direito Constitucional legítimo¹¹² e em nada adepto de um “conceito neutro”,¹¹³ com o

¹⁰⁸ Dignidade essa mesma que, por constituir verdadeiro lastro para os direitos fundamentais (SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito...**, p. 85) e em virtude de estar intimamente ligada à noção de Castanheira Neves no sentido de que “o direito não pode sequer pensar-se se não for pensado através da pessoa e para a pessoa” (NEVES, Castanheira. O papel do jurista no nosso tempo. In **Digesta**. Volume I. Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 40), serve de norte para todo ordenamento jurídico (Cf. OTERO, Paulo. **O poder de substituição em Direito Administrativo – Enquadramento dogmático-constitucional**. Lisboa, Editora Lex, 1995, p. 554) que pretenda ser compreendido como tal, encontrando-se resguardada no preâmbulo das Constituições da Irlanda, da Bulgária, da Namíbia, da Venezuela e da Índia, bem como no inciso III do artigo 1º da brasileira, no artigo 1º da peruana, no artigo 1º da colombiana, no artigo 1º da alemã, no artigo 2º da grega, no artigo 21 da russa, no artigo 54 da húngara, no número 1 do artigo 10 da espanhola, no artigo 1º da romena, no artigo 21 da lituana, no artigo 30 da polonesa, nos artigos 1º, 10 e 39 da sul-africana e no artigo 38 da chinesa (Pesquisa passível de ser encontrada em: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Coimbra, Coimbra Editora, 2000, 3ª edição, revista e actualizada, p. 180 e 181).

¹⁰⁹ MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 214

¹¹⁰ MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 214. Em mesmo sentido: FIORILLO, Celso Antônio Pacheco e DIAFÉRIA, Adriana. **Biodiversidade e patrimônio genético no direito ambiental brasileiro**. São Paulo, Max Limonad, 1999, p. 31.

¹¹¹ Cf. KAUFMANN, Arthur. Filosofia do Direito, Teoria do Direito, Dogmática Jurídica, in **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, Winfried. Tradução da 6ª edição alemã, de 1994, por Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira, Revisão científica e coordenação de António Manuel Hespanha, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2002, p. 218.

¹¹² Para Otto Bachof, até mesmo o Poder Constituinte Originário, que não se encontra submetido à legalidade, há de se revestir de legitimidade em conformidade com o Direito supralegal (Cf. BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Trad. e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p. 41 e segs.).

¹¹³ COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A autoridade moral da Constituição: Da fundamentação da validade do Direito Constitucional**. Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 581 e segs. A respeito de sua opção por se afastar de tal “conceito neutro”, Luís Pedro Pereira Coutinho bem ressalta: “Com efeito, dizer simplesmente que é Direito Constitucional **em sentido material** o que releva do “estatuto jurídico do poder e da comunidade política” – ou, noutra formulação, das normas “sobre as instituições fundamentais do Estado e sobre a posição do cidadão –, podendo ser verdadeiro e eventualmente abrangente, não nos permitirá compreender o que está em causa de um **ponto de vista interno** neste nosso quadrante. Deixar-nos-á na sombra o facto essencial, a que insistentemente nos temos referido, de a normatividade em causa verter o continuamente actualizado compromisso de uma ‘comunidade de participantes morais’” (COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A autoridade moral da Constituição: Da fundamentação da validade do Direito Constitucional**. Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 581 e 582).

escopo de se ressaltar a identidade de substância entre normatividade escrita e normatividade não-escrita¹¹⁴

E jamais se esqueça que os aludidos entendimentos não são os únicos pontos de onde se pode partir para que se rebatam as críticas de José Joaquim Gomes Canotilho.¹¹⁵ Realmente, basta que se recorra à ideia de “*metaprincípio*” que se há de compreender contida na *dignidade da pessoa humana*,¹¹⁶ dada a transcendência que se lhe reconhece no que diz respeito ao poder constituinte,¹¹⁷ para que novamente se rebatam as críticas supracitadas. E isso decorre da circunstância de se estar perante um *direito fundamental ao ambiente* ecologicamente equilibrado, essencial à *qualidade de vida*, sem o que sequer se pode pensar em *dignidade da pessoa humana*,¹¹⁸ numa perspectiva comunitária¹¹⁹ e transcendental ao direito positivo.¹²⁰ Nesse contexto, claramente ainda se encontra espaço para que o

¹¹⁴ COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A autoridade moral da Constituição: Da fundamentação da validade do Direito Constitucional**. Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 606.

¹¹⁵ Leiam-se as referidas críticas: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional...**, p. 1295.

¹¹⁶ A expressão é de Jorge Miranda: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, p. 200.

¹¹⁷ Nesse sentido: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, p. 200.

¹¹⁸ Como bem acentua Jorge Miranda: “*Só a dignidade justifica a procura de qualidade de vida*” (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, p. 183). Ainda a esse respeito: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, p. 193. Nessa linha: BRUNONI, Nivaldo. A tutela das águas pelo Município in FREITAS, Vladimir Passos de. **Águas: Aspectos jurídicos e ambientais**. Curitiba, Juruá Editora, 2000, p. 84; SISKIS, Alfredo. **Ecologia urbana e poder local**. São Paulo, Ondazul, 1999, p. 84; TOSTES, André. **Sistema de Legislação Ambiental**. Rio de Janeiro, Vozes, 1994, p. 119. E a partir da qual se estabelece uma ligação entre o direito ao ambiente e o direito à saúde, tal como definida por André Tostes como sendo “...a síntese do equilíbrio das relações ambientais” (TOSTES, André. **Op. cit.**, p. 119).

¹¹⁹ A respeito da concepção de liberdade perfilhada pela Constituição alemã, Robert Alexy ressalta: “...a norma da dignidade humana está baseada na compreensão do ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de se determinar e de se desenvolver em liberdade. A Constituição alemã não concebe essa liberdade como uma liberdade de um indivíduo isolado e autocrático, mas como um indivíduo relacionado a uma comunidade e a ela vinculado” (Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã de “Theorie der Grundrechte”, publicada pela Suhrkamp Verlag em 2006, São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p. 356). Também: ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Título original: “THEORIE DER GRUNDRECHTE”, Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main, 1986, traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, Segunda edición en español, primera reimpresión, p. 314.

¹²⁰ Na obra de Georg Jellinek, encontra-se a noção de que “...los poderes que crean el derecho” são anteriores a ele (Cf. JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Traducción de Fernando de Los Rios. Prólogo de Fernando de Los Rios. México, Fondo de cultura Económica, 2002, primera edición en español, primera reimpresión, p. 344).

öffentliche de Georg Jellinek se amolde à *soberania da esfera pública* a que se reporta Jürgen Habermas.¹²¹ Servindo-se da *soberania popular da vontade coletiva*, a esfera pública *habermasiana* essencialmente se presta a legitimar o *processo democrático de elaboração das leis*. Tanto é que foi descrita por Jürgen Habermas “*como uma caixa de ressonância onde os problemas a serem elaborados pelo sistema político encontram eco*”.¹²² Nessa linha de raciocínio, a esfera pública *habermasiana* representa um enorme avanço na ordem das estruturas societárias, ao contemplar o cidadão comum como *sujeito de direito*,¹²³ habilitando-o a se fazer presente no procedimento de soberania da vontade popular por que se constroem as regras destinadas a reger a Sociedade.¹²⁴ Em síntese, a esfera pública *habermasiana* permite que os membros da coletividade participem ativamente do processo de elaboração das normas jurídicas a que se submeterão, posteriormente, na condição de destinatários dessas.¹²⁵ Trata-se de entendimento que se estende perfeitamente ao Direito Administrativo do Ambiente, aplicando-se-lhe na esteira do *status*

¹²¹ Jürgen Habermas parte de uma premissa de tensão permanente entre o mundo da vida, essencialmente amparado numa perspectiva que privilegia interesses da Coletividade, e o mundo sistêmico, inclinado a prestigiar interesses econômicos, mercadológicos e empresariais. Mundos que trazem em si interesses potencialmente conflitantes numa liberal organização societária, que há de ser entendida como a possibilidade de a Sociedade gerir-se a si mesma num processo de construção democrático-discursivo, que se preste a fazer prevalecer o melhor argumento. Nesse contexto, compete ao Direito (HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução de George Sperber e de Paulo Astor Soethe. São Paulo, Loyola, 2002) se estruturar de modo a garantir a existência de procedimentos democráticos que legitimem a soberania da vontade popular (HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: Estudos de teoria política**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo, Loyola, 2002, p. 408), a exemplo do que ocorre com a soberania e a vontade popular. Em meio a tudo isso, tem-se que a esfera pública há de ser entendida como um espaço de argumentação que se abre à coletividade e a seus membros. Uma esfera pública que se encontra em um estado de permanente tensão: de um lado, percebe-se a existência da construção argumentativa destinada a privilegiar os interesses coletivos com que se preocupa o mundo da vida; de outro lado, pode-se visualizar a estratégia de que se vale o mundo sistêmico com o intuito de impor seus próprios interesses à Sociedade em geral.

¹²² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: Entre faticidade e validade**. Tradução de “*Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*” por Flávio Beno Siebeneichler, originalmente publicado em 1994 (Frankfurt am Main: Suhrkamp), Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, p. 91.

¹²³ À semelhança do que idealizou Georg Jellinek: JELLINEK, Georg. **Sistema dei Diritti Pubblici...**, p. 92 e segs.; JELLINEK, Georg. **Teoría General...**, p. 348.

¹²⁴ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: Estudos de teoria política**. Tradução de George Sperber e de Paulo Astor Soethe. São Paulo, Loyola, 2002, p. 102.

¹²⁵ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: Estudos de teoria política**. Tradução de George Sperber e de Paulo Astor Soethe. São Paulo, Loyola, 2002, p. 102.

activae civitatis,¹²⁶ concernente à participação dos particulares no exercício do poder político, e do *status activus processualis*, que se faz presente na “*dimensão procedimental dos direitos subjectivos*”.¹²⁷

E ainda se pode ir além, independentemente da escolha que se faça entre as vias *revolucionária* e *radical utilitarista* a que se refere Michel Foucault,¹²⁸ destinadas a contribuir para a resolução do problema com que vem se deparando o direito público pós-séculos XVII e XVIII,¹²⁹ no que diz respeito a “...*como estabelecer limites jurídicos ao exercício de um poder público*.”¹³⁰ Tendo-se em mente se estar diante de caminhos que não se excluem entre si¹³¹ e sem desprezar a via *radical utilitarista* que parece ser a preferida de Michel Foucault,¹³² centra-se o foco primeiramente na via *revolucionária*, que vem regredindo progressivamente com o passar dos anos.¹³³ Na esteira do que Michel Foucault compreende ser um caminho *revolucionário*, concebe-se a lei “*como expressão de uma vontade*”,¹³⁴ mais precisamente como expressão “...*de uma vontade colectiva que manifesta a parte de direito que os indivíduos aceitaram ceder e a parte que querem reservar*.”¹³⁵

¹²⁶ Cf. JELLINEK, Georg. **Sistema dei Diritti Pubblici Subiettivi...**, p. 96 e segs. A respeito desse catálogo de *direitos subjectivos públicos*: NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado do Direito: Do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra, Almedina, 2006, p. 84. A respeito desses direitos de participação popular: ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra, Almedina, 2009, 4ª edição, p. 54. Igualmente destacando esse ponto: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 4ª edição, revista e actualizada, p. 89.

¹²⁷ A que se refere Vasco Pereira da Silva com o escopo de designar a permissão para que possam “...*defender preventivamente as suas posições substantivas e compartilhar activamente no próprio processo decisório da Administração*.” (SILVA, Vasco Pereira da. **Em busca do acto...**, pp. 161 e 162).

¹²⁸ FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica**. Tradução de “*Naissance de la biopolitique: Cours au collège de France*” por Pedro Elói Duarte, originalmente publicado em 1978-1979 (Seuil/Gallimard), Lisboa, Edições 70 Lda., 2010, pp. 69 e 70.

¹²⁹ FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica...**, p. 67.

¹³⁰ FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica...**, p. 67.

¹³¹ O próprio Michel Foucault ressalta que não são vias excludentes (FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica...**, p. 70)

¹³² FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica...**, p. 70.

¹³³ FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica...**, p. 70.

¹³⁴ FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica...**, p. 69.

¹³⁵ FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica...**, p. 70.

Em vez de se limitar a essa *concepção jurídica de liberdade*¹³⁶ que é concebida pelos direitos fundamentais que servem de paradigma para a via *revolucionária*,¹³⁷ a cada vez mais fortalecida via *radical utilitarista* se ampara numa liberdade que é fruto da “...*independência dos governados relativamente aos governantes*.”¹³⁸ Em sede de via *radical utilitarista*, prega-se a ideia de um Estado que “...*só se interessa pelos interesses*.”¹³⁹ Nessa perspectiva, legitima-se a intervenção do Estado na esfera de um indivíduo apenas na medida em que “...*o interesse, os interesses, os jogos de interesses*”¹⁴⁰ transformem-no¹⁴¹ “...*em interesse para os indivíduos ou para todos os indivíduos ou para os interesses afrontados de tal indivíduo com o interesse de todos*.”¹⁴² Uma perspectiva que se amolda perfeitamente à ideia de um direito subjetivo passível de ser compreendido como um poder juridicamente atribuído a uma vontade “...*que sea conducente para la satisfacción de intereses*”.¹⁴³

¹³⁶ FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica...**, p. 70.

¹³⁷ FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica...**, p. 70.

¹³⁸ FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica...**, p. 70.

¹³⁹ FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica...**, p. 74.

¹⁴⁰ FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica...**, p. 74.

¹⁴¹ Raciocínio que Michel Foucault também aplica às coisas, aos bens, às riquezas e aos processos (FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica...**, p. 74).

¹⁴² FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica...**, p. 74.

¹⁴³ Cf. SPOTA, Alberto G. **Tratado de Derecho Civil**, Tomo I. Volumen 1, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1947, p. 148.

1. 1. Verdes “subjektiven öffentliche Rechte” que hão de dar lugar a um *subjektivismo extremado*?

Precisamente a partir desse “...interesse de todos”,¹⁴⁴ disperso “...por toda a comunidade”¹⁴⁵ e inadaptável¹⁴⁶ à superada e “insuficientemente sofisticada”¹⁴⁷ “dicotomia tradicional”¹⁴⁸ entre público e privado,¹⁴⁹ é que se tem de interpretar um possível esverdeamento dos “subjektiven öffentliche Rechte”, de Georg Jellinek. Tamanha *dispersão* lhe permite se amoldar à noção de *necessidades colectivas*.¹⁵⁰

¹⁴⁴ Cf. FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica...**, p. 74. Em sua obra, Immanuel Kant se debruça sobre a premissa de que todo conhecimento ocorre a partir da experiência. A razão teórica está diretamente ligada ao conhecimento. Contrariamente a essa premissa, ressalta que a matemática e a física podem dispensar quaisquer experiências destinadas a validar o conhecimento novo obtido a partir de conceitos transcendentais. Consoante se lê em sua “Crítica da Razão Pura”, Immanuel Kant se refere aqui a argumentos transcendentais intrínsecos à razão pura. Immanuel Kant nutre uma desconfiança quanto aos instintos humanos e às tendências de tudo o que é empírico. Isso o motiva a partir em direção a uma razão prática que, vinculada à moral e à ética, tenha de ultrapassar tudo o que é empírico. Levando-se em conta que a moral se fundamenta numa consciência humana que há de ser essencialmente entendida como *razão*, Immanuel Kant termina por proferir os seguintes dizeres ao se referir ao “primado da razão pura prática na sua conexão com a razão pura especulativa”: “Pode atribuir-se a cada faculdade da alma [Gemüt] um **interesse**, isto é, um princípio que contém a condição sob a qual unicamente se fomenta o seu exercício. A razão, como faculdade dos princípios, determina o interesse de todas as forças do ânimo, mas ela própria determina o seu.” (KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de “Kritik der praktischen Vernunft” por Artur Morão, Lisboa, Edições 70 Lda., 2008, p. 169).

¹⁴⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, Tomo IV...**, p. 78.

¹⁴⁶ Digesto, 47, 23, 1. Nesse sentido: FERRAZ, Antonio Augusto Mello Camargo; MILARÉ, Édís; NERY JÚNIOR, Nelson. **A Ação Civil Pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos**. São Paulo, Editora Saraiva, 1984, pp. 47 e 48. Aliás, trata-se de uma presença que se (re)inventou na esfera dos *interesses* que vêm sendo defendidos pelo *ombudsman* a que vem se referindo o ordenamento jurídico sueco desde o ano de 1809 (Cf. MONTE, Mário Ferreira. **Da proteção penal do consumidor**. Coimbra, Almedina, 1996, pp. 205 e 206).

¹⁴⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi, in **Le azione a tutela di interessi collettivi**. Atti del Convegno di Studio, Pavia, 11-12 giugno 1974, Padova, CEDAM, 1976, p. 191. Tradução livre do autor: “suficientemente sofisticada”.

¹⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Appunti sulla tutela giurisdizionale..., p. 191. Tradução livre do autor: “...é muito mais complexa, mais articulada do que aquela simplista dicotomia tradicional”.

¹⁴⁹ Cf. GOMIS CATALÁ, Lucía. **Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente**. Prólogo de Ramón Martín Mateo, Elcano (Navarra), Editorial Aranzadi S.A., 1998, p. 205. Jorge Miranda brilhantemente ressalta que os interesses difusos não são privados nem públicos puramente (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, Tomo IV**. Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 4ª edição, revista e actualizada, p. 77).

¹⁵⁰ Cf. ANTUNES, Luís Filipe Colaço. Para uma noção jurídica de ambiente, in **Scientia Iuridica**. Números 253/257, Braga, Universidade de Minho, 1992, p. 85; CAETANO, Marcelo. **Manual de Direito Administrativo, II**. Colaboração de Diogo Freitas do Amaral, Lisboa, 1972, 9ª ed., revista e actualizada, pp. 1041 e segs.; MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, Tomo IV...**, pp. 76 e 77.

Não se pode perder de vista que se está perante necessidades que “...*somente podem ser satisfeitas numa perspectiva comunitária*,”¹⁵¹ o que faz com que “*apenas a comunidade, enquanto tal*,”¹⁵² possa persegui-las.¹⁵³ Justamente dessa *indeterminabilidade*¹⁵⁴ de titulares¹⁵⁵ emerge a *indivisibilidade* que também lhe é inerente, visto que a sua defesa, à semelhança do que se dá com a sua violação, gera efeitos sobre *todos*¹⁵⁶ indistintamente,¹⁵⁷ donde decorre a sua

¹⁵¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, Tomo IV...**, p. 77.

¹⁵² MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, Tomo IV...**, p. 78.

¹⁵³ Cf. LUGARESI, Nicola. **Diritto dell'ambiente**. Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 2002, p. 87; TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di diritto Civile**. Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1992, Trentesima terza edizione, aggiornata con le riforme legislative e con la giurisprudenza, p. 46.

¹⁵⁴ Nesse sentido: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Direitos difusos e coletivos**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 18; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: Conceito e legitimação para agir**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, 4ª edição, p. 79; MIRRA, Álvaro Luiz Valery. A coisa julgada nas ações para a tutela de interesses difusos, in **Revista dos Tribunais**. N. 631, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 73; VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo, Malheiros Editores, 2007, pp. 53 a 55. Na doutrina italiana: CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di diritto processuale civile, I**. Napoli, Jovene, 1933, p. 5. PISANI, Andrea Proto. Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o più esattamente superindividuali) innanzi al giudice civile ordinario, in **Le azione a tutela di interessi collettivi**. Atti del Convegno di Studio, Pavia, 11-12 giugno 1974, Padova, CEDAM, 1976, p. 263. A respeito da indeterminabilidade, tem-se que se trata de característica que lhes é intrínseca em decorrência de se estar diante de *interesses* que, para se fazer uso das palavras de Giuseppe Chiovenda, “...sono così diffusi sopra un numero indeterminato di persone, che no si individualizzano in nessuna di queste in particolare.” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di diritto processuale civile, I**. Napoli, Jovene, 1933, p. 5) Tradução livre do autor: “...são assim difundidos ao longo de um número indeterminado de pessoas, que não se individualizam em qualquer um destes em particular”.

¹⁵⁵ Titulares que, raciocinando-se numa perspectiva difusa, pode-se concluir estarem reunidos por um mero vínculo de fato. Em mesmo sentido: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: Conceito e legitimação para agir**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, 4ª edição, p. 79; MIRRA, Álvaro Luiz Valery. A coisa julgada nas ações para a tutela de interesses difusos, in **Revista dos Tribunais**. N. 631, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 73.

¹⁵⁶ VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo, Malheiros Editores, 2007, p. 54. Outro não é o motivo para que se atribua a eficácia *erga omnes* à sentença de procedência que o acolhe, a exemplo do que prevê o inciso I do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, instituído pela Lei Nacional brasileira n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Assim dispõe o inciso I do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro: “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81”. Emitindo idêntica ressalva: VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo, Malheiros Editores, 2007, p. 54, nota de rodapé 34.

¹⁵⁷ Nesse sentido: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Direitos difusos e coletivos**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 18; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: Conceito e legitimação para agir**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, 4ª edição, p. 79; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 211; MIRRA, Álvaro Luiz Valery. A coisa julgada nas ações para a tutela de

indisponibilidade.¹⁵⁸ Realmente, numa cada vez mais conflituosa¹⁵⁹ e *massificada* Sociedade,¹⁶⁰ revela-se inviável que se trate de questões “*disseminadas em massa*”¹⁶¹ com a mente impregnada pelo *liberal-individualismo*¹⁶² de [Friedrich Karl von Savigny](#).¹⁶³ Somadas a outras questões envolvendo a sua titularidade, entendida essa como “*la cualidade que le confiere a la persona el hecho de ser sujeto de un derecho subjetivo*”,¹⁶⁴ está-se justamente diante do detalhe que tem feito com que se reflita¹⁶⁵ a respeito da existência da chamada *terceira geração* de direitos fundamentais.

Considerações à parte a respeito do ordenamento jurídico alemão, onde se sente profundamente a ausência de uma genérica¹⁶⁶ *extensão de legitimidade processual*

interesses difusos, in **Revista dos Tribunais**. N. 631, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 73; VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo, Malheiros Editores, 2007, pp. 54 e 55.

¹⁵⁸ Nesse sentido: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Direitos difusos e coletivos**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 18; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: Conceito e legitimação para agir**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, 4ª edição, p. 79; MIRRA, Álvaro Luiz Valery. A coisa julgada nas ações para a tutela de interesses difusos, in **Revista dos Tribunais**. N. 631, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 73; VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo, Malheiros Editores, 2007, pp. 54 e 55.

¹⁵⁹ Característica que também se reconhece aos *interesses difusos*. Nesse sentido: CAPELLETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile, in **Rivista di Diritto Processuale Civile**. Padova, n. 30, 1975, pp. 361 a 342; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: Conceito e legitimação para agir**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, 4ª edição, p. 79; MIRRA, Álvaro Luiz Valery. A coisa julgada nas ações para a tutela de interesses difusos, in **Revista dos Tribunais**. N. 631, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 73; PRADÉ, Péricles. **Conceito de interesses difusos**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1987, 2ª edição, pp. 47 e 48.

¹⁶⁰ CAPELLETTI, Mauro. Appunti sulla tutela giurisdizionale..., p. 191.

¹⁶¹ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. A coisa julgada nas ações para a tutela de interesses difusos, in **Revista dos Tribunais**. N. 631, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 73.

¹⁶² VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo, Malheiros Editores, 2007, p. 45.

¹⁶³ SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Sistema del Derecho Romano Actual**. Trad. Mesía e Poley, Madrid, Editorial Góngora, 2ª ed., t. IV, pp. 9 e 10. Ou mesmo pelo pensamento liberal de Carl Schmitt (SCHMITT, Carl. **Dottrina della Costituzione**. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1984, p. 173).

¹⁶⁴ Cf. DIEZ-PICASSO, L.; GULLÓN, A. **Sistema de Derecho Civil**. Vol. I, Madrid, Tecnos, 2002, 10ª ed., p. 412.

¹⁶⁵ Ver, por todos: LUCAS, Javier de. La polémica sobre los deberes de solidaridad: : El ejemplo del deber de defensa y su posible concrecion en un servicio civil, in **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**. N. 19, 1994, pp. 9 a 88, mais precisamente pp. 41 e segs.

¹⁶⁶ Isso porque há exceções pontuais a essa regra (Cf. GOMES, Carla Amado. **Risco e Modificação...**, p. 116).

semelhante à *acção popular* portuguesa,¹⁶⁷ percebe-se que a questão gira em torno de uma ideia de Coletividade que não pode ser desprezada em momento algum. Feita a devida ressalva relativamente à ausência de *legitimidade popular* processual no âmbito da Lei Fundamental de Bonn,¹⁶⁸ revela-se equivocado ignorar o carácter comunitário de que se reveste o *Direito ao Ambiente* e enxergá-lo numa perspectiva puramente *individualista*, justamente por estar disperso *por toda a comunidade*¹⁶⁹ e em virtude de a sua titularidade recair sobre toda a *coletividade*,¹⁷⁰ advindo daí a sua característica *difusa*.

Novamente não se tem um único ponto de onde se pode partir para que se perceba essa característica *difusa* que lhe é intrínseca. Tanto isso é verdade que, até na seara da microfísica do poder a que se reporta Michel Foucault,¹⁷¹ se “...supõe que o

¹⁶⁷ GOMES, Carla Amado. **Risco e Modificação...**, p. 116. Já descrita por Luís Filipe Colaço Antunes como uma “*acção popular de massas*” (ANTUNES, [Luís Filipe Colaço](#). **A tutela dos interesses difusos em direito administrativo: para uma legitimação procedimental**, Coimbra, 1989).

¹⁶⁸ Ausência que tem feito com que impere a tutela subjetiva (Nesse sentido: GOMES, Carla Amado. **Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente**. Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 116 e 117).

¹⁶⁹ Como bem destacado por Lucía Gomis Catalá, “...los intereses difusos, y entre ellos los ambientales, superan la clásica dicotomía entre público y privado para integrar una nueva categoría de la cual es titular la colectividad” (GOMIS CATALÁ, Lucía. **Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente**. Prólogo de Ramón Martín Mateo, Elcano (Navarra), Editorial Aranzadi S.A., 1998, p. 205). Jorge Miranda assim ressalta no que se refere ao *interesse difuso* (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, Tomo IV...**, p. 78). Nunca é demais ressaltar que, no presente estudo, está-se a empregar como sinônimas as expressões *comunidade* e *coletividade*.

¹⁷⁰ Nesse sentido, mas mais propriamente no que diz respeito ao Estado e à nação: MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. G. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 111.

¹⁷¹ Foucault, em diversas de suas obras e ao longo de sua vida, vem trabalhar com o poder como uma das vertentes da produção do conhecimento. Um poder que se exerce em sua capilaridade, de modo que se espraia e circula por todas as instâncias da sociedade, do Estado, do mercado, dos indivíduos. Está-se a fazer menção a poder cujos efeitos circulam por todo o corpo social de forma contínua e ininterrupta, bem como de maneira adaptada e “*individualizada*”. Nesse contexto, dão ensejo a uma microfísica do poder que Michel Foucault investiga em sua condição genealógica. Donde a genealogia passa a se apresentar, para Michel Foucault, como uma forma de história que permite a constituição dos saberes, dos discursos e dos domínios de objetos, igualmente podendo se referir a um sujeito. Então, além de provocar a intelectualidade com a noção de poder descentralizada, produtiva e resistente, ao mesmo tempo em que repressiva e excludente, Michel Foucault ressalta se estar caminhando para o fim do intelectual do tipo “*universal*”, que fala perante os demais como uma espécie de sábio portador de significações e de valores em que todos podem se reconhecer. Em contraposição, Michel Foucault defende o papel que cada vez mais se irá atribuir ao intelectual do tipo “*específico*”, visto como alguém que procura dar ao grupo uma contribuição para a busca da verdade (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: Nascimento da prisão**. Tradução do original “*Surveiller et punir*” por Raquel Ramalhete, Rio de Janeiro, Petrópolis, Editora Vozes, 2009, 37ª edição, pp. 30 e segs.).

poder nela exercido não seja concebido como uma propriedade, mas como uma estratégia".¹⁷² E mesmo porque se trata de um *poder* que "...se exerce mais que se possui".¹⁷³ Algo que faz com que se tenha de empregar o termo "*portador*".¹⁷⁴ Com efeito, está-se perante um "*portador*" que, justamente por estar pública ou popularmente legitimado a apenas portá-lo, não se encontra autorizado a fazer quaisquer concessões em relação ao exercício desse *direito*. Aliás, está-se a fazer menção a uma indisponibilidade que decorre justamente dessa sua *titularidade difundida* por toda a Sociedade.¹⁷⁵

1. 2. Nem tanto ao céu nem tanto à terra: *Verdes "subjektiven öffentlichen Rechte"* que se refletem em um direito-dever

Como é óbvio, a escolha pelo direito *ao* ambiente¹⁷⁶ jamais fará com que se desconsidere por completo a imprescindibilidade da tarefa que é intrínseca ao Direito *do* Ambiente.¹⁷⁷ Na verdade, há de sempre se ter em mente o dever específico de o Poder Público respeitar e promover os Direitos Fundamentais em

¹⁷² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: Nascimento da prisão**. Tradução do original "*Surveiller et punir*" por Raquel Ramalhe, Rio de Janeiro, Petrópolis, Editora Vozes, 2009, 37ª edição, p. 29.

¹⁷³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir...**, p. 29.

¹⁷⁴ MONTE, Mário Ferreira. **Da proteção penal do consumidor**. Coimbra, Almedina, 1996, p. 212. Ressalte-se ser justamente essa a peculiaridade que mais os distingue: a indeterminabilidade dos titulares dos *interesses difusos*. Nesse sentido: NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, 4ª edição, p. 114. Vincenzo Cerulli Irelli ressalta que se está diante de interesses que "...*pertengono a ciascuno dei soggetti stessi nella sua individualità: essi in quanto tali sono i portatori degli interessi diffusi*" (IRELLI, Vincenzo Cerulli. **Corso di Diritto Amministrativo**. Torino, G. Giappichelli Editore, 2002, ristampa aggiornata al 31 dicembre 2001, p. 423).

¹⁷⁵ E não deveria causar qualquer surpresa a possibilidade de a Sociedade, a quem não se reconhece capacidade e personalidade jurídicas, ser representada em juízo pelo legitimado popular ou público. Isso porque há muito se vem reconhecendo, e exemplo disso se tem no inciso VII do artigo 12 do Código de Processo Civil brasileiro, a possibilidade de "*as sociedades sem personalidade jurídica*" serem representadas em juízo, "*ativa e passivamente*", "*pela pessoa a quem couber a administração dos seus bens*". A despeito de se tratar de uma obviedade, convém que se ressalte que o termo não se encontra legalmente consagrado num sentido de Coletividade, e sim numa perspectiva de Direito Comercial ou Empresarial.

¹⁷⁶ Leia-se: A propósito do tema: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 2ª edição, p. 179 e segs.

¹⁷⁷ A respeito: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais...**, p. 183 e segs. A favor de um direito do ambiente: GOMES, Carla Amado. O ambiente como objecto e os objectos do Direito do Ambiente..., p. 24.

geral, neles se incluindo o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado,¹⁷⁸ motivo por que não se admite que aquele pratique qualquer ato que seja livre destes.¹⁷⁹ Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, lê-se que tudo “...aponta para a necessidade de todos os Poderes públicos respeitarem o âmbito de proteção dos direitos fundamentais”.¹⁸⁰ Facilmente se percebe que se trata de dedução que em nada destoa da idéia de Direito ao Ambiente ecologicamente equilibrado,¹⁸¹ associado¹⁸² ao dever fundamental de, a teor das alíneas “d” e “e” do artigo 9º da Constituição da República Portuguesa,¹⁸³ defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, para se fazer uso das expressões empregadas pelo *caput* do artigo 225 da Constituição Federal brasileira. Em suma, tanto num Direito

¹⁷⁸ Especificamente no que diz respeito ao ambiente: KISS, Alexandre; BEURIER, Jean-Pierre. **Droit International de L'Environnement**. Paris, Editions A. Pedone, 2004, troisième édition, p. 125; BAÑO LEÓN, José María. La tutela judicial del medio ambiente y la defensa de los intereses municipales, in ESTEVE PARDO, José (Coord.). **Derecho del Medio Ambiente y Administración Local**. Madrid, Editorial Civitas S.A., 1996, primera edición, p. 615; SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito...**, p. 74.

¹⁷⁹ Nesse sentido: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, Tomo IV**. Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 4ª edição, revista e actualizada, pp. 278 a 280; CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, Livraria Almedina, 1992, 5ª edição, p. 591. Apesar disso, é preciso que se ressalte que José Joaquim Gomes Canotilho termina por ressaltar, no que diz respeito aos direitos fundamentais em geral, que “...não se estabelece a correspondência estrita entre direitos fundamentais e deveres fundamentais.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, Almedina, 2010, 7ª edição, 7ª reimpressão, p. 533). Em um trecho de seu estudo, Carla Amado Gomes chega a afirmar que José Joaquim Gomes Canotilho “...hesita em reconhecer-lhe, quer a natureza de direito subjectivo defensivo, quer a natureza de direito subjectivo prestacional, em razão, fundamentalmente, da indeterminabilidade do conteúdo de tal direito, em qualquer de suas pretensas dimensões.” (GOMES, Carla Amado. **Risco e modificação...**, p. 104).

¹⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2009, 10ª edição, p. 366. Em mesmo sentido: ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 277 e segs.; HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 38 e segs.; NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: Do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito**. Coimbra, Coimbra Editora, 1987, pp. 16-17 e 82 e segs.; NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 75; SCHNEIDER, Hans Peter. **Democracia y Constitución**. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 17.

¹⁸¹ Leia-se: A propósito do tema: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais...**, p. 183 e segs.

¹⁸² Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição...**, p. 168 e 169.

¹⁸³ Nesse sentido: MIRANDA, Jorge. **Op. cit.**, p. 540; SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito...**, p. 31; ZSÖGÖN, Silvia Jaquenod. **El derecho ambiental...**, p. 335.

ao¹⁸⁴ Ambiente como num Direito do¹⁸⁵ Ambiente, o que realmente importa é o dever de preservação do equilíbrio do ambiente que se lhes encontra associado. Claramente se observa que a ideia se adapta à “*dupla dimensão dos direitos fundamentais*”,¹⁸⁶ nomeadamente no que diz respeito à sua *dimensão objetiva*,¹⁸⁷ sem prejuízo da “*duplamente dupla*” natureza que lhes é atribuída por Vasco Pereira da Silva,¹⁸⁸ para quem existe uma *dimensão negativa*, destinada a proteger seus titulares “...de quaisquer agressões provenientes de entidades públicas ou privadas”;¹⁸⁹ uma *dimensão positiva*, que obriga o Poder Público a concretizá-los;¹⁹⁰ uma *dimensão subjetiva*, “...enquanto direitos subjetivos públicos”;¹⁹¹ e uma

¹⁸⁴ A propósito do tema: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais...**, p. 179 e segs.

¹⁸⁵ A respeito: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais...**, p. 179 e segs.

¹⁸⁶ Jorge Reis Novais a encontra primeiramente desenvolvida sobretudo sob a égide de Häberle (HÄBERLE, Peter. **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 abs. 2 Grundgesetz**. Heidelberg, 1983, 3ª ed., pp. 70 e segs., 96 e segs. e 118 e segs., *apud* NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 60. Também ver, por todos: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional...**, p. 1256 e segs. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Op. cit.**, p. 143 e segs. Ainda que se tenha de reconhecer que o referido autor, em tecendo comentários acerca dos direitos previstos no Título III da Parte I da Carta Magna portuguesa em geral, haja ressaltado que os direitos a prestações só passam a ser vistos como verdadeiros direitos subjetivos no momento em que entra em vigor da legislação destinada a executá-los (Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Op. cit.**, p. 209 e segs. No sentido de reconhecer um direito subjetivo ao ambiente: REIS, João Pereira. **Lei de Bases do Ambiente: Anotada e Comentada**. Coimbra, Livraria Almedina, 1992, p. 90). Ainda que fosse esse o entendimento a ser perfilhado, nem mesmo assim se encontraria óbice para o reconhecimento de um verdadeiro direito subjetivo ao ambiente no âmbito do ordenamento jurídico português, porquanto o artigo 2º da Lei de Bases do Ambiente consagra um direito a um “*ambiente humano e ecologicamente equilibrado*”. Conquanto se tenha de se contentar com uma aplicação “*na medida do possível*” (A respeito: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976**. Coimbra, Almedina, 2006, 3ª edição, p. 149, nota de rodapé n.º 88) do “*princípio da proibição do défice*” a que alude José Carlos Vieira de Andrade (ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição...**, p. 148), ainda assim está o Estado “...obrigado a assegurar um nível mínimo adequado de protecção dos direitos fundamentais” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição...**, p. 148 e 149). Inclusive “...sendo responsável pelas omissões legislativas que não assegurem o cumprimento dessa imposição genérica” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição...**, p. 148 e 149).

¹⁸⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 76 e 77.

¹⁸⁸ SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito: Direitos Fundamentais e Cultura**. Coimbra, Almedina, 2007, p. 114.

¹⁸⁹ SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito...**, p. 114.

¹⁹⁰ SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito...**, p. 114.

¹⁹¹ SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito...**, p. 114.

dimensão objetiva, concernente a princípios jurídicos a serem observados.¹⁹² Não há exagero em reconhecer que o direito fundamental consagrado no número 1 do artigo 66 da Constituição da República Portuguesa jamais poderá ser separado da vertente positiva a que veio a se referir Vasco Pereira da Silva, destinada a obrigar as entidades públicas a atuar “...para a sua efetivação”.¹⁹³ Algo que em tudo se amolda à *garantia da efetivação*, consubstanciada na 1ª parte do artigo 2º da Constituição da República Portuguesa.¹⁹⁴

Como se não bastassem os mandamentos constitucionais antes referidos a exigirem a *garantia da efetivação*¹⁹⁵ desse verdadeiro *direito fundamental ao ambiente*,¹⁹⁶ tem-se de partir da premissa de que se está diante da associada¹⁹⁷ “*tarefa fundamental do Estado*”,¹⁹⁸ que confere a este o dever fundamental¹⁹⁹ de empreender esforços na luta pela preservação do equilíbrio daquele.²⁰⁰ Na linha do

¹⁹² SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito...**, p. 114.

¹⁹³ SILVA, Vasco Pereira da. **Verde Cor de Direito...**, p. 102.

¹⁹⁴ Tendo sido nessa inserida por intermédio da Segunda Revisão Constitucional de 1989. A propósito da garantia da efetivação, leia-se: MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais: Introdução Geral**. Apontamentos das aulas, Lisboa, 1999, p. 83.

¹⁹⁵ A propósito, leia-se: MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais: Introdução Geral...**, p. 83.

¹⁹⁶ SILVA, Vasco Pereira da. **Verde Cor de Direito...**, p. 102. Em mesmo sentido, na doutrina italiana: MEZZETTI, Luca. **Manuale di Diritto Ambientale**. Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 2001, p. 133; SALSA, Claudia Pasqualini. **Diritto Ambientale**. Repubblica di San Marino, Dogana, Maggioli Editore, 2005, VIII edizione, p. 468. Na doutrina espanhola: RODRIGO, Ricardo de Vicente. Régimen de las infracciones y sanciones en materia medioambiental *in* **Derecho Ambiental Español**. Coord. María José Reyes López. Valencia, Edita Tirant lo Blanch, 2001, p. 89 e 90. Na jurisprudência espanhola: Tribunal Constitucional, Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 199/1996, de 3 de Diciembre.

¹⁹⁷ A respeito de um dever associado a um direito fundamental, leia-se: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976**. Coimbra, Almedina, 2006, 3ª edição, p. 168 e 169.

¹⁹⁸ Nesse sentido: MONCADA, Luis Cabral. O ambiente e a relação jurídica administrativa, *in* **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**. Coimbra, Almedina, publicação semestral, números 29 e 30, janeiro/dezembro de 2008, p. 21 e segs.; SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito...**, p. 31.

¹⁹⁹ Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Coimbra, Coimbra Editora, 2000, 3ª edição, revista e actualizada, p. 540. Em mesmo sentido: JUSTE RUIZ, José. **Derecho Internacional del Medio Ambiente**. Madrid, McGraw-Hill, 1999, p. 69; ZSÖGÖN, Silvia Jaquenod. **El derecho ambiental y sus principios rectores**. DYKINSON, S. L., 1991, tercera edicion, p. 335.

²⁰⁰ E mesmo porque “...all persons have the duty to protect and preserve the environment” (“Draft Principles on Human Rights and the Environment” *in* BIRNIE, P. W. e BOYLE, A. E. **International Law and the Environment**. United States, New York, Oxford University Press Inc., 2002, second edition, p. 282). Nesse sentido: ECHAVARRÍA, Juan José Solozábal. El Derecho al Medio Ambiente como Derecho Publico Subjetivo, *in* AA.VV. **A Tutela Jurídica do Ambiente: Presente e futuro**. Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 32; PRIEUR, Michel. **Droit de l’environnement**. Paris, Éditions Dalloz, 1991, 2ª édition, p. 267.

que vem sendo defendido por Carla Amado Gomes no que se refere ao *Direito do Ambiente*, tem-se que “...o enfoque deve ser conferido à ideia de dever que, quer a Constituição portuguesa, quer a Constituição brasileira, acolhem.”²⁰¹ Nesse ponto, é importante que se ressalte que Carla Amado Gomes realmente age com acerto ao asseverar que se está perante um *direito ao ambiente* que se traduz num “*dever de preservação*”,²⁰² precisamente em virtude de a “*protecção constitucional do ambiente*”²⁰³ se desdobrar na faceta *objetiva*, que se consubstancia na *tarefa do Estado*²⁰⁴ de defendê-lo, e na faceta *subjativa*, que traz consigo o dever de *todos* lutarem pela sua preservação.²⁰⁵ Não obstante o acerto com que se manifesta Carla Amado Gomes,²⁰⁶ tem-se que a *predominância*²⁰⁷ desse *dever de preservação* não implica desconsiderar a existência de um verdadeiro *direito fundamental*. E ainda que Carla Amado Gomes o negue,²⁰⁸ tem-se que a saída está em enxergá-lo como um direito fundamental que *só se justifica* como um *direito-dever*.²⁰⁹ Realmente, o fato de o referido *dever de preservação* se encontrar atrelado à *dimensão objetiva*

²⁰¹ GOMES, Carla Amado. O *Direito ao Ambiente* no Brasil: Um olhar português, in GOMES, Carla Amado. **Textos dispersos de Direito do Ambiente**. Volume I. Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAFDL), 2008, 1ª reimpressão, p. 291.

²⁰² GOMES, Carla Amado. O *Direito ao Ambiente* no Brasil..., p. 290.

²⁰³ GOMES, Carla Amado. O *Direito ao Ambiente* no Brasil..., p. 289.

²⁰⁴ GOMES, Carla Amado. O *Direito ao Ambiente* no Brasil..., p. 289.

²⁰⁵ Nesse sentido: GOMES, Carla Amado. O *Direito ao Ambiente* no Brasil..., p. 289.

²⁰⁶ Leia-se: GOMES, Carla Amado. O *Direito ao Ambiente* no Brasil..., pp. 288 a 291.

²⁰⁷ O termo *predominância* há de ser entendido na linha do que defende Vasco Pereira da Silva, em trecho a respeito da dupla natureza dos direitos fundamentais, que se apresentariam como *direitos subjetivos* e *estruturas objetivas*, ao mesmo tempo em que possuíam dimensões *positivas* e *negativas* (SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito...**, p. 90): “*Dupla dimensão esta quem tal como venho defendendo, é comum a todos os direitos fundamentais (sejam eles da primeira, da segunda ou da terceira geração), pois aquilo que pode apresentar variações, em cada um deles, é apenas o peso relativamente maior ou menor das respectivas vertentes positiva e negativa.*” (SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito...**, p. 91). (grifou-se)

²⁰⁸ GOMES, Carla Amado. **Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente**. Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 146.

²⁰⁹ Manifestando-se a respeito do tema, José Carlos Vieira de Andrade ressalta que os casos que ainda restam de *deveres associados a direitos* “...ou alteram o conteúdo estrutural dos direitos, justificando eventualmente a autonomização de uma nova categoria de **direitos de solidariedade**, ou então atingem a natureza dos direitos que têm de ser configurados como *direitos-deveres* ou *poderes-direitos* com dupla natureza.” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição...**, p. 159). Nesse sentido: Cf. DÍAZ, Santiago Varela. La idea de deber constitucional, in [Revista Española de Derecho Constitucional](#). N. 4, Año 2, 1982, p. 85; GARCIA, Maria da Glória Dias. Parecer sobre o loteamento urbanístico da Aldeia do Meco, in **O caso Meco: Pareceres jurídicos e peças processuais**, II. MAOT, 2002, pp. 225 e 226; MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio Ambiente: Direito e dever fundamental**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004, p. 109 e segs.

desse *direito-dever* fundamental não afasta a circunstância de o seu impulso e o seu fundamento estarem ligados à sua *dimensão subjetiva*.²¹⁰

A partir daí e na esteira dos supracitados comentários a respeito dos “*subjektiven öffentlichen Rechte*” idealizados por Georg Jellinek, levando-se em conta a dimensão positiva que o impregna numa intensidade semelhante à negativa, há de se conferir à sua dimensão subjetiva uma característica *essencialmente instrumental*²¹¹ relativamente ao dever fundamental²¹² de empreender esforços na luta pela preservação do equilíbrio do ambiente.²¹³ Em vez de um direito *ao*²¹⁴ ambiente numa perspectiva puramente “*subjectivista*”,²¹⁵ o que se quer é enxergá-lo como um direito fundamental que *essencialmente se justifica* em razão de estar intrinsecamente associado²¹⁶ a um dever igualmente fundamental de a Sociedade e o Estado²¹⁷ sempre e necessariamente defenderem o ambiente ecologicamente equilibrado, quer estejam diante de um particular a degradá-lo ou se encontrem

²¹⁰ Nesse sentido: GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo; RAMOS FERNÁNDEZ, Tomás. **Curso de Derecho Administrativo, II**. Madrid, Civitas, 1993, 4ª ed., pp. 37 e segs.

²¹¹ Dedução a que se chega a despeito da resistência de Peter Häberle, apontado por Jorge Reis Novais como um dos principais responsáveis pelo desenvolvimento da dupla dimensão dos direitos fundamentais (HÄBERLE, Peter. **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 abs. 2 Grundgesetz**. Heidelberg, 1983, 3ª ed., pp. 70 e segs., 96 e segs. e 118 e segs, *apud* NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 60), em reconhecer uma “*instrumentalidade*” “...entre os dois lados” Jorge Reis Novais a encontra primeiramente desenvolvida sobretudo sob a égide de Häberle (NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 61).

²¹² Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Coimbra, Coimbra Editora, 2000, 3ª edição, revista e actualizada, p. 540. Em mesmo sentido: JUSTE RUIZ, José. **Derecho Internacional del Medio Ambiente**. Madrid, McGraw-Hill, 1999, p. 69; ZSÖGÖN, Silvia Jaquenod. **El derecho ambiental y sus principios rectores**. DYKINSON, S. L., 1991, tercera edicion, p. 335.

²¹³ E mesmo porque “...all persons have the duty to protect and preserve the environment” (“*Draft Principles on Human Rights and the Environment*” in BIRNIE, P. W. e BOYLE, A. E. **International Law and the Environment**. United States, New York, Oxford University Press Inc., 2002, second edition, p. 282). Nesse sentido: ECHAVARRÍA, Juan José Solozábal. **El Derecho al Medio Ambiente como Derecho Publico Subjetivo**, in AA.VV. **A Tutela Jurídica do Ambiente: Presente e futuro**. Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 32.

²¹⁴ A respeito, leia-se: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais...**, p. 179.

²¹⁵ A propósito: DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. **Op. cit.**, p. 48. Vasco Pereira da Silva defende posição que parte dos direitos das pessoas, sem que isso implique desconsiderar a dimensão objetiva da tutela ambiental (SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito...**, p. 31).

²¹⁶ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição...**, pp. 168 e 169.

²¹⁷ No que diz respeito ao dever do Estado: MIRANDA, Jorge. **Op. cit.**, p. 540; SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito...**, p. 31; ZSÖGÖN, Silvia Jaquenod. **El derecho ambiental...**, p. 335.

perante uma degradação levada adiante pelo próprio Estado. Dedução que se alcança sem prejuízo de se ter de reconhecer que a sua dimensão subjetiva não se esgota nesse aspecto,²¹⁸ a não ser que se pretenda sobrepô-la à sua dimensão objetiva,²¹⁹ motivo por que pragmaticamente se há de admitir que ela só se exerce plenamente “quando e na medida em que”²²⁰ se atribui ao indivíduo “...a competência para invocar judicialmente a observância, por parte do Estado, do dever que lhe foi objectivamente imposto pela norma de direito fundamental.”²²¹

Conquanto menos incisivo quanto a compreendê-lo como um *direito* que “essencialmente se justifica” enquanto atrelado ao *dever* que lhe é correlato,²²² é de se notar que José Joaquim Gomes Canotilho vale-se de raciocínio semelhante para inseri-lo na categoria dos “deveres conexos com direitos fundamentais”.²²³ No âmbito da Constituição Federal brasileira, já se veio a acentuar que o artigo 225 “...confirma um direito-dever de preservação para a atualidade e para o porvir.”²²⁴ Registre-se ser oportuno o momento para que se recorde ser possível que uma norma de direito fundamental imponha um dever ao Estado, “...sem que daí resulte a correspondente pretensão para um qualquer indivíduo ou, pelo menos, sem que essa pretensão preencha os requisitos exigidos para a sua qualificação como direito

²¹⁸ Jorge Reis Novais emite semelhante ressalva, por acrescentar a esse aspecto as “...posições individuais juridicamente protegidas – espaços protegidos de liberdade onde o indivíduo é titular de posições jurídico-subjectivas face ao Estado” (NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 99), sendo que “...é nessa sua natureza que se revela primeiramente a dimensão subjectiva dos direitos fundamentais” (NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 99).

²¹⁹ Por todos, leia-se: NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 70.

²²⁰ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 100.

²²¹ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 100.

²²² É aqui que o posicionamento defendido neste estudo se afasta do entendimento perfilhado por Vasco Pereira da Silva (SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito...**, p. 90 e segs.

²²³ Ou “deveres fundamentais correlativos a direitos” (Nesse sentido: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional...**, p. 533).

²²⁴ MOLINARO, Carlos Alberto. **Op. cit.**, p. 74.

subjectivo.”²²⁵ Ainda que se reconheça a existência de certos “*deveres sem direitos*”,²²⁶ só mesmo mediante o emprego de uma indesejada “*lógica dialética*”²²⁷ conseguir-se-ia fazer com que abrangessem indistintamente realidades tão díspares²²⁸ quanto o dever de proteger o ambiente e o dever de prestar o serviço militar,²²⁹ por exemplo.²³⁰ Ora, “...*qualquer norma de direito fundamental impõe necessariamente um dever jurídico a um sujeito de direito*”,²³¹ nada obstante nem sempre dela resulte um *direito subjetivo* que conceda a um indivíduo determinado a pretensão de exigir o cumprimento de tal *dever*.²³² Precisamente por esse motivo é que se considera claramente insuficiente a ideia de puro *dever fundamental*²³³ a que recorre Carla Amado Gomes.²³⁴

Basta que se debruce sobre as distintas realidades antes mencionadas para que nitidamente se compreenda o que se está a ressaltar. Indubitavelmente, revela-se

²²⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 69.

²²⁶ Nesse sentido: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição...**, p. 135; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional...**, p. 533. E a expressão, tal como está no texto, foi retirada da obra de José Carlos Vieira de Andrade (ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição...**, p. 135).

²²⁷ Nas palavras de Michel Foucault: “O que é a lógica dialéctica? É uma lógica que faz jogarem termos contraditórios no elemento do homogêneo.” (FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica**. Tradução de “Naissance de la biopolitique: Cours au collège de France” por Pedro Elói Duarte, originalmente publicado em 1978-1979 (Seuil/Gallimard), Lisboa, Edições 70 Lda., 2010, p.71).

²²⁸ Michel Foucault leva em conta os termos contraditórios para formular seu raciocínio acerca da lógica dialética (Cf. FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica...**, p. 71).

²²⁹ Reconhecendo o dever de prestar o serviço militar como um dever autónomo, ao lado do dever de colaborar com a Administração Eleitoral: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional...**, p. 533. Fornecendo-o ao leitor como exemplo, ao lado de alguns outros: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional...**, p. 533.

²³⁰ A não ser que se passe a compreender viável o ajuizamento de demandas judiciais em que os interessados em prestar o serviço militar terminem por exigir a sua convocação pelo Estado.

²³¹ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 71.

²³² Nos dizeres de Jorge Reis Novais: “O direito subjectivo só surge quando ao particular é reconhecida uma pretensão qualificada ao cumprimento daquele dever normativamente exigido ao Estado, quando, na concepção kelseniana, através da actio, se coloca a ordem jurídica ao dispor do titular do interesse, dando-lhe, nessa medida, a faculdade de participar extraordinariamente na formação da vontade estatal mediante o acto administrativo ou a sentença judicial.” (NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p.71).

²³³ Carla Amado Gomes defende a ideia de que se trata de um “*dever fundamental de protecção do ambiente*” (GOMES, Carla Amado. **Risco e modificação...**, p. 148).

²³⁴ Nesse sentido: GOMES, Carla Amado. **Risco e modificação...**, p. 148.

inadmissível atribuir a um membro qualquer da Comunidade, independentemente de se encontrar ou não obrigado a prestar o serviço militar, o interesse processual para exigir de outro integrante dessa mesma Sociedade o cumprimento do dever supracitado. Diversamente, todo e qualquer legitimado popular ou público se encontra autorizado a exigir de quem quer que seja o cumprimento do dever de preservar o ambiente ecologicamente equilibrado. Conquanto se queira negar a essa peculiaridade ambiental o condão de embasar uma *dimensão subjetiva* de um *direito*²³⁵ fundamental que se presta essencialmente a dar suporte para que se possa exigir o cumprimento do *dever* intrínseco à sua *dimensão objetiva*, ainda assim se tem de reconhecer que se está diante de um diferencial e tanto entre as duas realidades a que acima se referiu o presente estudo. E mesmo que não se queira reconhecer a existência dessa *dimensão subjetiva* e então se tenha de realmente considerar o *Direito subjetivo ao Ambiente* uma fórmula “*plena de simbolismo*”²³⁶ e “*vazia de significado jurídico*”,²³⁷ parafraseando-se Carla Amado Gomes, ainda assim não convém desprezar a “*retórica constitucional*”²³⁸ que a própria doutrinadora compreende ser-lhe inerente. Sem dúvida, a leitura de Jürgen Habermas em nada recomenda desprezá-la pura e simplesmente. Não por acaso Jürgen Habermas, em comentários a respeito da “*esfera pública democrática*”,²³⁹ terminou por ressaltar que a Comunidade responsável pela feitura de suas próprias leis “...refere-se, na linguagem dos direitos e dos deveres, a todas as relações que necessitam de regulação normativa”,²⁴⁰ de modo que “...só os membros

²³⁵ Cf. JELLINEK, Georg. **Sistema dei Diritti Pubblici Subiettivi**. Milano, 1912, Tradução italiana de “*System der subjektiven öffentlichen Rechte*”, Tübingen, 1905, 2ª ed., p. 92 e segs. Tradução livre do autor: “*direitos públicos subjetivos*”.

²³⁶ GOMES, Carla Amado. **Risco e modificação...**, p. 131.

²³⁷ GOMES, Carla Amado. **Risco e modificação...**, p. 131.

²³⁸ GOMES, Carla Amado. **Risco e modificação...**, p. 131.

²³⁹ “*Esfera pública democrática*” a que se refere expressamente em outros de seus estudos (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: Entre faticidade e validade**. Tradução de “*Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*” por Flávio Beno Siebeneichler, originalmente publicado em 1994 (Frankfurt am Main: Suhrkamp), Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, p. 91 e segs.; HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: Estudos de teoria política**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo, Loyola, 2002, p. 408 e segs.).

²⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: A caminho de uma Eugenia Liberal?** Nota de apresentação de João Carlos Loureiro. Tradução de Maria Benedita Bettencourt, Coimbra, Almedina, 2006, p. 75.

desta comunidade podem assumir compromissos morais recíprocos e esperar, da parte uns dos outros, um comportamento conforme às normas”,²⁴¹ com isso criando-as na esfera da vontade da soberania popular idealizada pelo mesmo Jürgen Habermas.²⁴² Para além disso, não se pode perder de vista que não há *direito* por detrás do qual não exista, através do *interesse* que o satisfaz, uma *função social*²⁴³ perfeitamente associável à ideia de vinculação do indivíduo à comunidade²⁴⁴ e a uma “...*particular consciência de si próprio*” e dos demais membros dessa,²⁴⁵ sempre se tendo de lembrar de que a tutela do ambiente ecologicamente equilibrado “...*è da concepirsi non solo come ‘fondamentale diritto dell’individuo’, ma anche come ‘interesse della collettività’.*”²⁴⁶

2. Um olhar sobre a defesa desse *verde direito-dever* em Juízo:

O *poder-dever* de prestar a tutela jurisdicional ambiental

²⁴¹ HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana...**, p. 75.

²⁴² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia...**, p. 91; HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro...**, p. 408.

²⁴³ Cf. HAURIU, Maurice. **Principes de Droit Public**. Paris, 1910, 1ª ed., pp. 32 e segs. Em mesmo sentido: HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Traducción: Joaquín Brage Camazano, Madrid, Dykinson, 2003, p. 11.

²⁴⁴ Nesse sentido: ALEX, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Título original: “*THEORIE DER GRUNDRECHTE*”, Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main, 1986, traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, Segunda edición en español, primera reimpresión, p. 314; CAMAZANO, Joaquín Brage. **Los límites a los derechos fundamentales**. Madrid, Editorial DYKINSON, 2004, p. 35-39; HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial...**, p. 47. A respeito da *vinculação comunitária do indivíduo*: HÄBERLE, Peter. **Le libertà Fondamentali nello Stato Costituzionale**. Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1993, p. 79 e segs.; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos...**, p.162. O que faz com que um *Direito subjetivo ao Ambiente* proposto nesses termos não possa ser interpretado *exclusivamente como direito individual* (Nesse mesmo sentido, no que se refere aos direitos fundamentais em geral: HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Traducción: Joaquín Brage Camazano, Madrid, Dykinson, 2003, p. 14). Diante disso e tendo-se em mente que “...*un ejercicio contrario a su función no está ya cubierto por el contenido del derecho*” (HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Traducción: Joaquín Brage Camazano, Madrid, Dykinson, 2003, p. 12), mostra-se pouco recomendável desprezar a fórmula aqui proposta de *Direito subjetivo ao Ambiente* numa perspectiva *difusa*.

²⁴⁵ Cf. GARCIA, Maria da Glória F. P. D. O Direito do Urbanismo entre a liberdade individual e a política urbana, in **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**. Lisboa, Almedina, Instituto de Direito do Urbanismo e do Ambiente, LDA. (IDUAL), publicação semestral, n. 13, junho/2000, p. 101. Em outro trecho de sua autoria: “*A complexa teia de relações que se estabelece entre todos os homens torna-os globalmente dependentes do particular modo de actuar de cada um, responsabilizado individualmente perante o todo.*” (GARCIA, Maria da Glória F. P. D. O Direito do Urbanismo entre a liberdade..., p. 101).

²⁴⁶ Cf. MEZZETTI, Luca. **Manuale di Diritto Ambientale**. Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 2001, p. 133.

Sem pretender condicionar a existência do Direito *ao* Ambiente à possibilidade de exigi-lo jurisdicionalmente, para o que se teria de incorrer no equívoco de se menosprezarem os acertos e os desacertos da “*Teoria da Norma de Proteção*” idealizada por O. Buehler e reformulada por Otto Bachof,²⁴⁷ tem-se de *pragmaticamente* admitir que, não fosse o acesso à tutela jurisdicional, limitar-se-iam os dispositivos legais a efetuar “...*uma ineficaz proclamação de direitos e interesses que se mostrariam insuscetíveis de ser eficazmente defendidos pelos respectivos titulares.*”²⁴⁸ Não se trata de enxergar o acesso efetivo à tutela jurisdicional²⁴⁹ como uma condição para a existência do Direito *ao* Ambiente ou de qualquer outro *direito subjetivo*. Em síntese, a tutela jurisdicional do ambiente está para o Direito substantivo *ao* Ambiente da mesma forma que a dimensão subjetiva desse está para a sua dimensão objetiva. Em vez de se negar essa instrumentalidade que une a tutela jurisdicional do ambiente ao Direito substantivo *ao* Ambiente e a dimensão subjetiva desse à sua dimensão objetiva, compreende-se ser imprescindível enfatizá-la.²⁵⁰

²⁴⁷ De acordo com tal teoria, há direito subjetivo “*sempre que uma norma jurídica exija um determinado comportamento ao poder público para a satisfação de interesses individuais*” (BUEHLER, O. **Die Subjektiven Oeffentlichen Rechte und ihr Schutz in der Deutschen Verwaltungsrechtsprechungen**. Kolhammer, Berlin, Stuttgart, Leipzig, 1914; BACHOF. Reflexwirkungen und Subjektive Rechte im oeffentlichen Recht, in **Gedaechtnisschrift fuer Walter Jellinek: Forschungen und Berichte aus dem oeffentlichen Recht**. Gunther & Olzog, Muenchen, 1955, 2ª ed., p. 301, *apud* SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito...**, p. 97).

²⁴⁸ DUARTE, Ronnie Preuss. **Garantia de Acesso à Justiça: Os Direitos Processuais Fundamentais**. Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 17. Em mesmo sentido, na doutrina italiana: CALAMANDREI, Pietro. Processo e Giustizia. in **Rivista di Diritto Processuale**. Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1950, p. 273; FERRAJOLI, Luigi. **Diritti Fondamentali**. Roma, Laterza, 2001, p. 12. Diversa não foi a razão que levou José Manuel de Arruda Alvim Neto a se manifestar no sentido de que a sua ausência “...*equivale, ao menos na medida ou espaço em que isso se verifique, à ausência de ordem jurídica válida e atuante*” (ALVIM NETO, José Manuel de Arruda. **Tratado de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. v. 1, p. 211). De mesmo entendimento: CARPENA, Márcio Louzada. Da Garantia da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e o Processo Contemporâneo. In: PORTO, Sérgio Gilberto. **As garantias do cidadão no processo civil: relações entre Constituição e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 12; MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória**. 3. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. pág. 78.

²⁴⁹ Consagrado no artigo 113 da Constituição italiana, no número 2 do artigo 19 da Constituição alemã, no número 1 do artigo 20 da Constituição da República Portuguesa e no inciso XXXV do artigo 5º da vigente Constituição da República Federativa do Brasil, para que se restrinja o texto a apenas esses 04 (quatro) exemplos.

²⁵⁰ É nesse sentido que se tem de encarar a “...*instrumentalización formal de un derecho fundamental*” a que se refere Juan Manuel Goig Martínez ((MARTÍNEZ, Juan Manuel Goig. El derecho a la tutela judicial efectiva. Las garantías del artículo 24 de la Constitución, in GONZÁLEZ, Santiago Sánchez (Coordinador). **Dogmática y práctica de los derechos fundamentales**. Valencia, Tirant

A prevalecer entendimento no sentido de não se admitir o acesso à justiça por parte dos titulares de direitos violados ou ameaçados de lesão, não restaria qualquer alternativa a esses “...*senão resignar-se com a afronta ao seu direito*”.²⁵¹ Como é evidente, também os direitos fundamentais não de se sujeitar à sistemática que se está a expor, porquanto “...*têm de receber, em Estado de Direito, protecção jurisdicional*”,²⁵² sob pena de não terem valia como tal.²⁵³ Realmente, de nada adianta proclamar determinados direitos como fundamentais sem que se lhes reconheça a possibilidade de serem defendidos em Juízo, sempre que isso venha a se mostrar necessário.²⁵⁴ Em suma, o acesso à tutela jurisdicional efetiva há de ser compreendido “...*como meio por excelência de defesa dos direitos fundamentais*”,²⁵⁵ com o que se estreita ainda mais a sua íntima ligação para com a *dignidade da pessoa humana*²⁵⁶ e a *própria ideia de Estado Democrático de Direito*.²⁵⁷ Por sinal, tamanha a sua relevância que se pode inferir ser ele próprio “...*imposto pelos princípios democrático e do Estado de direito*”,²⁵⁸ sem o qual não há de se falar em

lo Blanch, 2006, pp. 357 e 358), no trecho em que se manifesta a respeito desse “...*derecho a la defensa jurídica de los demás derechos*” (MARTÍNEZ, Juan Manuel Goig. *Op. cit.*, p. 358)

²⁵¹ DUARTE, Ronnie Preuss. **Garantia de Acesso à Justiça...**, p. 87.

²⁵² MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 320; MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais: Introdução geral**. Apontamentos das aulas, Lisboa, 1999, p. 131.

²⁵³ Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 4ª edição, revista e actualizada, p. 320; MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais: Introdução geral...**, p. 131. Em mesmo sentido, na doutrina brasileira: OLIVEIRA, Marcela Andrade Cattoni de. Prestação jurisdicional e Estado Democrático de Direito, in **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Julho de 1997, n. 85, p. 103 e segs.

²⁵⁴ A respeito: DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. **Tutela Ambiental...**, p. 82 a 85; DUARTE, Ronnie Preuss. **Garantia de Acesso à Justiça...**, p. 17; MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 4ª edição, revista e actualizada, p. 320.

²⁵⁵ DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. *Op. cit.*, p. 83. Em mesmo sentido: COULON, Jean Marie e FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Le Droit d'Accès à la Justice, in CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry. **Droits Fondamentaux**. Paris, Dalloz, 2002, 8ª ed., p. 473.

²⁵⁶ Cf. MARTÍNEZ, Juan Manuel Goig. El derecho a la tutela judicial efectiva. Las garantías del artículo 24 de la Constitución, in GONZÁLEZ, Santiago Sánchez (Coordinador). **Dogmática y práctica de los derechos fundamentales**. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 384.

²⁵⁷ Cf. DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. *Op. cit.*, p. 83. Nesse sentido: A propósito do tema: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais...**, p. 73 e segs.

²⁵⁸ DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. *Op. cit.*, p. 87. Nesse sentido: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p. 85. Na jurisprudência portuguesa: Acórdão do Tribunal Constitucional n. 497, de 20 de março de 1996, in **Acórdãos do Tribunal Constitucional**. Volume 33, Lisboa, Tribunal Constitucional, 1996, p. 677.

legitimidade do ordenamento jurídico.²⁵⁹

Conquanto se tenha de reconhecer que o processo há de ser visto como “*um meio*”²⁶⁰ para a realização do direito material, não se pode perder de vista que aquele deve ser sempre considerado como um último recurso para a salvaguarda deste.²⁶¹ Aliás, está-se a fazer menção a um último recurso que se presta a dar guarida até mesmo a direitos fundamentais, que sem ele praticamente se reduziriam a “...*meras proclamações formais, completamente esvaziadas de conteúdo*”,²⁶² por não se poder fazê-los valer em Juízo.²⁶³ Daí emerge a natureza de *garantia* daquele, revestindo-se de “*função instrumental*”²⁶⁴ precisamente por se destinar “...*a assegurar condições para a fruição*”²⁶⁵ destes.²⁶⁶ Sequer se poderá falar em dignidade da pessoa humana se não se vier a assegurar a toda e qualquer pessoa a possibilidade de pleitear a tutela de seus direitos perante um Juízo. E a razão de ser para tanto se encontra na já mencionada circunstância de,

²⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und geltung: Beiträge zur diskurstheorie der offenen gesellschaft**. Traducción Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2001, p. 191.

²⁶⁰ COUTURE, Eduardo. **Estudios de Derecho Procesal Civil**. Tomo 1. Buenos Aires, Depalma, 1978, p. 194.

²⁶¹ Nesse sentido: DUARTE, Ronnie Preuss. *Op. cit.*, p. 18.

²⁶² DUARTE, Ronnie Preuss. *Op. cit.*, p. 86.

²⁶³ Nesse sentido: COULON, Jean Marie e FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Le Droit d'Accès à la Justice, in CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry. **Droits Fondamentaux**. Paris, Dalloz, 2002, 8ª ed., p. 473.

²⁶⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 4ª edição, revista e actualizada, p. 113. O próprio processo tem essa característica: DENTI, Vittorio. **Un progetto per la Giustizia Civile**. Bolonha, Il Mulino, 1982, p. 58; SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos metodológicos e didácticos do Direito Processual Civil, in **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1994, p. 344 e 345.

²⁶⁵ MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 113.

²⁶⁶ Nada mais justo que assim o seja, porquanto há de se seguir o mesmo raciocínio que é empregado por Vasco Pereira da Silva no tocante aos princípios fundamentais ambientais, decorrentes do direito fundamental ao ambiente e intimamente ligados a esse, a partir do que adquirem “...*a natureza de garantias jurídicas necessárias para a sua realização*” (SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito...**, p. 81), inclusive para os fins do artigo 18 da Constituição da República Portuguesa (SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito...**, p. 81).

ultrapassadas as fases dos arbitramentos facultativo²⁶⁷ e obrigatório²⁶⁸ e consagrada a justiça pública²⁶⁹, atualmente só se atribuir ao Estado o exercício da função jurisdicional²⁷⁰ do poder estatal.²⁷¹

Na condição de detentor desse monopólio²⁷² do poder de dizer o direito²⁷³, a teor do disposto no inciso XXXV do artigo 5º da vigente Constituição da República Federativa do Brasil, o Estado lhe vê ser atribuído, correlatamente, o *dever* de

²⁶⁷ Nesse sentido: ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. I, p. 183; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 22-23; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1, p. 23; HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: Entre facticidade e validade**. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler – UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II, p. 231.

²⁶⁸ Dentre os que discorrem acerca do tema: ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, p. 183; CONSOLO, Claudio. **Spiegazioni di diritto processuale civile – Tomo primo: Le tutele**. Quarta edizione riveduta. Bologna, 2000, p. 72; J.A. d’Ors. **Derecho Privado Romano**. Novena edición. España/Pamplona: Universidad de Navarra, 1997, p. 115 e ss.; KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Trad. de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle e revisão de Maria Armanda de Saint-Maurice. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999, p. 435-439; KUNKEL, Wolfgang. **Historia del derecho romano**. Traducción de la cuarta edición alemana por Juan Miguel. España, Barcelona: Ariel, 1999, p. 95 e ss.; MAY, Gaston. **Éléments de Droit Roman**. Dix-huitième édition. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1935, p. 608 e ss.; PETIT, Eugene. **Tratado elemental de derecho romano**. Buenos Aires: Albatros, p. 824 e ss.; SCHULZ, Fritz. **Derecho romano clásico**. Traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch, 1960, p. 14 e ss.

²⁶⁹ Nesse sentido: ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, p. 183-184; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 23; KASER, Max. *Op. cit.*, p. 434; VÉSCOVI, Enrique. *Op. cit.*, p. 22.

²⁷⁰ A esse respeito: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 31; MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. Da pretensão à tutela jurídica e dos aspectos referentes à relação jurídica processual, in **CD-ROM da Revista Forense**, 2001. v. 355; PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino. **Teoria Geral do Processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. pág. 20; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. I, p. 26; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 205.

²⁷¹ MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. **Teoria Geral do Processo: O processo como serviço público**. Curitiba, Juruá Editora, 2009, 3ª edição, p. 109; MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. Exegese do inciso VI do artigo 84 da Carta Magna, in **Revista Forense**, Volume 375. São Paulo, Editora Revista Forense, setembro/outubro de 2004, p. 63 e segs., in **CDROM da Revista Forense**. Volume 368.

²⁷² RAMOS MENDEZ, Francisco. *Op. cit.*, p. 58.

²⁷³ Assim afirmamos em: MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. Da pretensão à tutela jurídica e dos aspectos referentes à relação jurídica processual, in **CD-ROM da Revista Forense**, 2001. v. 355. A esse respeito: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op. cit.*, p. 31; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. I, p. 26; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. cit.*, p. 205. Complementando esses singelos e resumidos dizeres acerca da jurisdição, Manuel Galdino Paixão Júnior a define como a “...atividade de declarar e fazer atuar o direito do caso concreto”. (PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino. *Op. cit.*, p. 20).

prestar a tutela jurisdicional²⁷⁴, sempre que o exercício dela lhe é exigido por quem vem a se valer da pretensão à tutela jurídica²⁷⁵ constitucionalmente assegurada.²⁷⁶ Justamente por ser a jurisdição “...una potestà pubblica esercitata nell'interesse della collettività”,²⁷⁷ há de se ter em mente que os poderes que lhe são intrínsecos “...sono per il giudice il più spesso anche doveri”.²⁷⁸ Nos estritos termos de entendimento perfilhado noutro estudo²⁷⁹ e seguindo-se a trilha deixada por Degenkolb e Polz, necessariamente se há de enxergar a pretensão à tutela jurisdicional como um direito constitucionalmente²⁸⁰ assegurado cujo exercício obriga a máquina estatal a entregar a prestação jurisdicional a quem termine por exercê-lo.²⁸¹ E não basta à máquina Estatal entregar-lhe a tutela jurisdicional.²⁸² Urge

²⁷⁴ É sempre conveniente lembrar, a exemplo de Luiz Flávio Yarshell: “(...) não há identidade entre jurisdição e tutela jurisdicional: enquanto a primeira designa a atividade – também função e poder – estatal, a segunda designa a proteção (tutela) que se proporciona por meio do exercício dessa atividade; proteção que, como visto, reside não apenas no resultado final (“produto”) da atividade, mas bem ainda no meio (processo) empregado para seu exercício”. (YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Atlas S.A., 1999. p. 127).

²⁷⁵ MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. **Embargos à Execução: Sentença de Procedência e Improcedência**. Curitiba, Juruá Editora, 2008, 3ª edição, p. 26 e 27.

²⁷⁶ Nesse sentido: CONSOLO, Cláudio. *Op. cit.*, p. 71; RAMOS MENDEZ, Francisco. *Op. cit.*, p. 58; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das ações**. 1 ed. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998. t. I, p. 249; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Op. cit.*, p. 17; SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. pág. 713; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. cit.*, p. 105.

²⁷⁷ Cf. ZANZUCCHI, Marco Tullio. **Diritto Processuale Civile. I**. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1964, sesta edizione aggiornata, a cura dell'avv. Conrado Vocino, p. 383.

²⁷⁸ Cf. ZANZUCCHI, Marco Tullio. **Diritto Processuale Civile. I**, p. 383.

²⁷⁹ MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. **Teoria Geral do Processo: O processo como serviço público**. Curitiba, Juruá Editora, 2009, 3ª edição, pp. 143 e segs.

²⁸⁰ Orientando-se por esse norte: ROCCO, Alfredo. **La sentenza civile**. 1. ed. Milão, 1962. p. 90; SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. I, p. 184; TUCCI, Rogério Lauria. **Da ação e do processo civil na teoria e na prática**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 27; TROCKER, Nicolò. **Processo Civile e Costituzione, Problemi di diritto tedesco e italiano**. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1974. p. 161; WACH, Adolf. **Manual de Derecho Procesal Civil**. Traducción del alemán por Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1977. v. I, p. 46.

²⁸¹ Assim compreendem: CONSOLO, Cláudio. **Spiegazioni di diritto processuale civile - Tomo primo**: Le tutele. Quarta edizione riveduta. Bologna, 2000. p. 71; RAMOS MENDEZ, Francisco. **Derecho Procesal Civil**. Quinta edición. Barcelona: José Maria Bosch, 1992. t. I, p. 58; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das ações**. 1 ed. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998. t. I, p. 249; COULON, Jean Marie e FRISON-ROCHE, Marie-Anne. *Le Droit d'Accès à la Justice*, in CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry. **Droits Fondamentaux**. Paris, Dalloz, 2002, 8ª ed., p. 467.

²⁸² Assim compreendem: CONSOLO, Cláudio. **Spiegazioni di diritto processuale civile**. Quarta edizione riveduta. Le tutele. Bologna, 2000. t. 1, p. 71; RAMOS MENDEZ, Francisco. **Derecho Procesal Civil**. Quinta edición. Barcelona: José Maria Bosch, 1992. t. I, p. 58; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das ações**. 1. ed. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas:

concedê-la de forma efetiva,²⁸³ de sorte que a tutela a ser prestada se mostre adequada ao caso concreto e suficientemente apta à justa resolução desse,²⁸⁴ sob pena de se ter de reconhecer a “...ausência de ordem jurídica válida e atuante”²⁸⁵. Disso se depreende que o direito de acesso à Justiça deve se prestar a garantir “...a tutela efetiva de todos os demais direitos”.²⁸⁶ Numa perspectiva reflexa, infere-se que há de se lhes assegurar um acesso à tutela jurisdicional que lhes propicie uma efetiva proteção contra qualquer forma de injusto.²⁸⁷

Indo além, é de se notar que se está a tecer comentários acerca de efetividade que há de se encarregar da adequada tutela de “...todas as situações conflitivas concretas”²⁸⁸. Em sede de um *cumprimento de sentença* que necessariamente se encontra atrelado à “...aura de efetividade por que tem de estar envolto o processo moderno”,²⁸⁹ tem-se que só é efetiva a tutela que não se limita à fase cognitiva do processo. Nos estritos termos da característica de *instrumentalidade* de que têm de

Bookseller, 1998. t. I, p. 249.

²⁸³ Como bem afirma Ovídio Araújo Baptista da Silva, o Estado “...não pode deixar de dar resposta adequada aos direitos por ele mesmo proclamados”. (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**: Processo de Conhecimento. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. I, p. 25. Em mesmo sentido: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 245; MARTÍNEZ, Juan Manuel Goig. El derecho a la tutela judicial efectiva. Las garantías del artículo 24 de la Constitución, in GONZÁLEZ, Santiago Sánchez (Coordinador). **Dogmática y práctica de los derechos fundamentales**. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 357 a 360.

²⁸⁴ Nesse sentido: MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. **Teoria Geral do Processo...**, p. 113. HENRIQUES, Sofia. **A tutela cautelar não especificada...**, p. 20.

²⁸⁵ ALVIM NETO, José Manuel de Arruda. **Tratado de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. v. 1, p. 211. De mesmo entendimento: CARPENA, Márcio Louzada. Da Garantia da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e o Processo Contemporâneo, in PORTO, Sérgio Gilberto. **As garantias do cidadão no processo civil**: relações entre Constituição e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 12; MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória...**, p. 78.

²⁸⁶ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Op. cit.**, p. 79. Em mesmo sentido: CARPENA, Márcio Louzada. Da Garantia da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional..., p. 20; COULON, Jean Marie e FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Le Droit d'Accès à la Justice, in CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry. **Droits Fondamentaux**. Paris, Dalloz, 2002, 8ª ed., p. 127.

²⁸⁷ Cf. WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer – arts. 273 e 461 do CPC, in TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 20.

²⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória...**, p. 78. Nesse sentido: HENRIQUES, Sofia. **A tutela cautelar não especificada no novo contencioso administrativo português**. Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 20.

²⁸⁹ MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. **Teoria Geral do Processo...**, p. 113. Em mesmo sentido: MARTÍNEZ, Juan Manuel Goig. El derecho a la tutela judicial efectiva. Las garantías del artículo 24 de la Constitución, in GONZÁLEZ, Santiago Sánchez (Coordinador). **Dogmática y práctica de los derechos fundamentales**. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 376.

se revestir as normas processuais, só se pode falar em efetividade quando o direito substantivo é efetiva e materialmente tutelado pelo órgão jurisdicional.²⁹⁰ E não é preciso que se faça um grande esforço de hermenêutica para que se perceba que é justamente nessa perspectiva que se insere um suficientemente adequado *cumprimento de sentença*.

2. 1. O acesso à tutela jurisdicional numa perspectiva *ambiental*: Um direito fundamental *per se* e duplamente ancorado na Dignidade da Pessoa Humana?

Justamente em virtude da circunstância de lhe competir assegurar o gozo de direitos da mais alta relevância e “*dignidade constitucional*”²⁹¹ é que se permite deduzir ser o acesso à tutela jurisdicional, ele próprio, um verdadeiro direito fundamental²⁹² constitucionalmente assegurado,²⁹³ nos termos do número 1 do

²⁹⁰ Nesse sentido: CAPPELLETTI, Mauro. **Processo e ideologie**. Bologna, Società editrice il Mulino, 1969, p. 178; WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica..., p. 20.

²⁹¹ A respeito da “*dignidade*” de que goza a Parte I da Constituição da República Portuguesa: DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. *Op. cit.*, p. 79.

²⁹² Cf. FONSECA, Guilherme Frederico Dias Pereira da. A defesa dos direitos: Princípio geral da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, in **Boletim do Ministério da Justiça**, março de 1985, n. 344, p. 38. Nesse sentido: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra, Livraria Almedina, 1993, 6ª edição, p. 387.; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais...**, p. 73 e segs.; COULON, Jean Marie e FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Le Droit d'Accès à la Justice, in CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry. **Droits Fondamentaux**. Paris, Dalloz, 2002, 8ª ed., p. 473; , Juan Manuel Goig. El derecho a la tutela judicial efectiva. Las garantías del artículo 24 de la Constitución, in GONZÁLEZ, Santiago Sánchez (Coordinador). **Dogmática y práctica de los derechos fundamentales**. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 358.

²⁹³ CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de Derecho Procesal Civil**. Traducción de la segunda edición italiana y estudio preliminar por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1973. v. I, p. 229; A propósito do tema: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais...**, p. 73; CASTRO, Artur Anselmo de. **Lições de Processo Civil**. Coligidas e publicadas por Abílio Neto e revistas pelo autor. Coimbra: Almedina, 1971, p. 21-22; GUASP, Jaime. **Derecho Procesal Civil**. 4. edición, revisada y adaptada a la legislación vigente por Pedro Aragonese. Madrid: Civitas, 1998. t. 1, p. 31; WACH, Adolf. **Manual de Derecho Procesal Civil**. Traducción del alemán por Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1977. v. I, p. 22. Orientando-se por esse norte: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 252; ROCCO, Alfredo. **La sentenza civile**. 1. ed. Milão, 1962, p. 90; SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. I, p. 184; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. cit.*, p. 103; TROCKER, Nicolò. **Processo Civile e Costituzione, Problemi di diritto tedesco e italiano**. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, p. 161;

artigo 20 da Constituição da República Portuguesa²⁹⁴ e do número 4 do artigo 268 dessa, numa visão de Poder Judiciário portuguesa²⁹⁵ de Tribunais Administrativos não mais totalmente lastreados em alicerces franceses,²⁹⁶ ou nos moldes do inciso XXXV do artigo 5º da vigente Constituição da República Federativa do Brasil,²⁹⁷ na hipótese de se compreender preferível uma abordagem processual desde sempre influenciada pela leitura norte-americana do princípio da separação de poderes.²⁹⁸ Em atendimento ao artigo 10 da Declaração Universal de Direitos Humanos e ao artigo 6º da Convenção Européia dos Direitos do Homem, tem-se que se está diante de verdadeiros “*direitos processuais fundamentais*”²⁹⁹ claramente destoantes da ideia de princípios destituídos de uma dimensão subjetiva,³⁰⁰ de sorte que passíveis de enquadramento apenas na categoria de “*princípios-garantia*”.³⁰¹

Aos poucos se percebe a presença de um mesmo lastro a amparar o direito fundamental “...a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado”, devidamente consagrado no número 1 do artigo 66 da Constituição da República Portuguesa, e o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva, consubstanciado tanto no número 1 do artigo 20 quanto no número 4 do artigo

TUCCI, Rogério Lauria. **Da ação e do processo civil na teoria e na prática**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 27; WACH, Adolf. *Op. cit.*, p. 46. A fim de reforçar seus argumentos nesse sentido, Eduardo Couture chega a fundamentar a incondicionalidade da *actio* na previsão constitucional de que o direito de petição é assegurado a todos, nos termos da aliena “a” do inc. XXXIV do art. 5º da Constituição Federal (COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**. 3. ed. Trad. de Mozart Victor Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 15).

²⁹⁴ Nesse sentido: DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. *Op. cit.*, p. 82.

²⁹⁵ Assim também o é no sistema alemão (Cf. CORREIA, Sérvulo. **Direito do contencioso administrativo**. Volume I. Lisboa, Editora Lex, 2005, p. 214).

²⁹⁶ Nesse sentido: CORREIA, Sérvulo. **Direito do contencioso administrativo...**, p. 214.

²⁹⁷ Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria Geral do Processo Civil**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 91. Em mesmo sentido: ASSIS, Araken de. **Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 357; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1948. v. III, p. 41.

²⁹⁸ Cf. CORREIA, Sérvulo. **Direito do contencioso administrativo...**, p. 214.

²⁹⁹ Valendo-se este estudo dos precisos dizeres de Ronnie Preuss Duarte, em homenagem à expressão alemã *prozessuale Grundrecht* (DUARTE, Ronnie Preuss. *Op. cit.*, p. 94).

³⁰⁰ Cf. DUARTE, Ronnie Preuss. *Op. cit.*, p. 96.

³⁰¹ A que se reporta José Joaquim Gomes Canotilho no que se refere aos direitos fundamentais em geral (CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: Contributo para a compreensão das normas onstitucionais programáticas**. Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 285).

268 dessa, atualmente se encontrando esses últimos dispositivos constitucionais bem menos atrelados às raízes do “*recours pour excès de pouvoir*”.³⁰²

Um lastro que inegavelmente surgiu em contrapartida ao desprezo pela *dignidade da pessoa humana* que se revelou intrínseco à Segunda Guerra Mundial,³⁰³ finda a qual se passou a enxergar naquela o amparo para os direitos fundamentais em geral.³⁰⁴ Até mesmo porque os direitos fundamentais em geral são a expressão mais imediata da dignidade da pessoa humana,³⁰⁵ sendo esta o princípio unificador de todo o sistema daqueles.³⁰⁶ E jamais se esqueça que ainda se pode ir além de modo a enxergá-la como um imprescindível referencial para os direitos fundamentais, dedução que encontra sua razão de ser na circunstância de a própria Constituição, que confere *sentido e valor* a estes,³⁰⁷ amparar-se também naquela.³⁰⁸ Tendo em mente o caráter de direito processual fundamental que há de ser reconhecido à tutela jurisdicional efetiva,³⁰⁹ e levando-se em conta que se está a também tecer comentários a respeito de um direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à *qualidade de vida*, sem o que sequer se pode pensar em dignidade da pessoa humana³¹⁰ percebe-se ainda mais nítida a

³⁰² Cf. CORREIA, Sérvulo. **Direito do contencioso administrativo...**, p. 196. Ainda a respeito: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **A justiça administrativa**. Coimbra, Almedina, 2009, 10ª edição, p. 19; SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise: Ensaio sobre as acções no novo processo administrativo**. Coimbra, Almedina, 2009, 2ª edição actualizada, p. 29. Por sinal, dispositivos constitucionais que hão de encontrar seus similares brasileiros no *caput* do artigo 225 da vigente Constituição da República Federativa do Brasil e, conquanto numa abordagem marcadamente influenciada pelos *prerogative writs* norte-americanos, no inciso XXXV do artigo 5º dessa (Cf. CORREIA, Sérvulo. **Direito do contencioso administrativo...**, p. 196).

³⁰³ A respeito: FRANKENBERG, Günther. **A gramática da Constituição e do Direito**. Belo Horizonte, 2007, p. 305 e 306.

³⁰⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 4ª edição, revista e actualizada, p. 194 e 195.

³⁰⁵ Em mesmo sentido: SEGADO, Francisco Fernandez. Teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional. in **Revista de Informação legislativa**. Brasília, ano 31, número 12, março e abril de 1994, p. 77. Valendo-se de entendimento semelhante: FARIAS, Edilson Pereira de. **A colisão de direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 2000, 2ª edição, p. 66.

³⁰⁶ CAMPOS JÚNIOR, Raimundo Alves de. **O conflito entre o Direito de Propriedade e o Ambiente**. Curitiba, Juruá, 2006, 1ª edição, 3ª tiragem, p. 66.

³⁰⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 4ª edição, revista e actualizada, p. 197.

³⁰⁸ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição...**, p. 97.

³⁰⁹ DUARTE, Ronnie Preuss. **Op. cit.**, p. 94.

³¹⁰ Como bem acentua Jorge Miranda: “*Só a dignidade justifica a procura de qualidade de vida*” (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, p. 183). Ainda a esse respeito:

necessidade de conjugá-lo com aquele³¹¹ sob a guarida desta. É justamente assim que se chega a uma devida interpretação desse *metaprincípio* encarnado na *dignidade da pessoa humana*,³¹² consubstanciado no artigo 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos.³¹³ E não há dúvida de que emerge daí o lastro comum para uma autêntica *constituição ambiental*³¹⁴ e também para uma imprescindível tutela jurisdicional que, em atendimento ao Princípio 11 da Conferência das Nações Unidas para o Ambiente e Desenvolvimento, apresente-se verdadeiramente *eficaz*.³¹⁵

2. 2. Uma abordagem de Direito Comparado: A tutela jurisdicional ambiental em ação nos mais diferentes palcos

Muito pouco ou nada se faz em termos de pesquisa a respeito da tutela jurisdicional ambiental sem que se faça ao menos um breve ingresso nas perspectivas por que essa pode ser levada adiante, notadamente no que diz respeito à definição do Juízo competente para tanto. Sem embargo de quaisquer outras perspectivas que porventura se façam presentes, revestem-se de singular relevância para este estudo as 02 (duas) principais formas de enfrentamento das matérias encaminhadas à apreciação do Juízo por intermédio do exercício da tutela jurisdicional³¹⁶ ambiental, com nuances antagônicas a servirem de inspiração tanto num como noutro caso.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, p. 193. Nessa linha: BRUNONI, Nivaldo. A tutela das águas pelo Município in FREITAS, Vladimir Passos de. **Águas: Aspectos jurídicos e ambientais**. Curitiba, Juruá Editora, 2000, p. 84; SIRKIS, Alfredo. **Ecologia urbana e poder local**. São Paulo, Ondazul, 1999, p. 84; TOSTES, André. **Sistema de Legislação Ambiental**. Rio de Janeiro, Vozes, 1994, p. 119. E a partir da qual se estabelece uma ligação entre o direito ao ambiente e o direito à saúde, tal como definida por André Tostes como sendo “...a síntese do equilíbrio das relações ambientais” (TOSTES, André. *Op. cit.*, p. 119).

³¹¹ DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. *Op. cit.*, p. 77.

³¹² A expressão é de Jorge Miranda: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, p. 200.

³¹³ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, p. 200.

³¹⁴ Leia-se, por todos: DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. *Op. cit.*, p. 80. Vasco Pereira da Silva fez uso da expressão “*Constituição do Ambiente*” (SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito...**, p. 39). Vasco Pereira da Silva ainda a batiza de “Constituição Verde” em outro trecho de sua obra (SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito...**, p. 63).

³¹⁵ Realizada em 1992, na cidade brasileira do Rio de Janeiro. Como bem ressaltado por Claudia Pasqualini Salsa: “...una tutela ambientale davvero efficace a livello internazionale è un’esigenza sempre più impellente” (SALSA, Claudia Pasqualini. *Op. cit.*, p. 468).

Tamanho o paradoxo³¹⁷ gerado pela compreensão francesa do princípio da separação de poderes,³¹⁸ em muito amparada na interpretação a ele dada por Charles de Secondat, mais conhecido como barão de Montesquieu,³¹⁹ que se pode até mesmo falar, na esteira da expressão empregada por Vasco Pereira da Silva, em uma “*infância difícil*” do Contencioso Administrativo.³²⁰ *Contentieux Administratif* que partiu da França com destino aos *Administrativjustiz* e *Verwaltungsrechtspflege* alemães³²¹ e à Constituição de Baiona, na Espanha do longínquo ano de 1808,³²² bem como para a *Giustizia Amministrativa* italiana³²³ e para o célebre Decreto português n.º 23, de 16 de maio de 1832,³²⁴ concisamente se limitando o texto a apenas esses 04 (quatro) exemplos. Sem embargo, um *Contentieux Administratif* com origem em uma gritante e lastimável “*‘promiscuidade’ entre Administração e Justiça*”,³²⁵ infelizmente ancorado num administrador-juiz³²⁶ que somente muito tempo depois³²⁷ começou a dar seus primeiros passos em

³¹⁶ A respeito do exercício da tutela jurisdicional: CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de Derecho Procesal Civil**. Traducción de la segunda edición italiana y estudio preliminar por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1973. v. I, p. 229; CASTRO, Artur Anselmo de. **Op. cit.**, p. 21-22; GUASP, Jaime. **Op. cit.**, p. 31; WACH, Adolf. **Manual de Derecho Procesal Civil**. Traducción del alemán por Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1977. v. I, p. 22.

³¹⁷ A respeito: SILVA, Vasco Pereira da. O contencioso administrativo no divã da psicanálise..., p. 14.

³¹⁸ Também a respeito: ENTERRÍA, Eduardo García e FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon. **Op. cit.**, p. 510.

³¹⁹ MONTESQUIEU. **De L'Esprit des Lois**. Vol. I, Paris, Garnier-Flammarion, 1979, p. 294.

³²⁰ SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise...**, p. 11; SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito...**, p. 96. Aspecto a que também atentou Sabino Cassese (CASSESE, Sabino. **Le Basi del Diritto Amministrativo**. Milano, Garzanti, 2004, 5ª edizione, 3ª reimpressione, p. 16).

³²¹ A respeito: CORREIA, Sérvulo. Direito do contencioso administrativo..., p. 77 segs.; SILVA, Vasco Pereira da. O contencioso administrativo no divã da psicanálise..., p. 46 e 47.

³²² Cf. SILVA, Vasco Pereira da. O contencioso administrativo no divã da psicanálise..., p. 49 e 50.

³²³ IRELLI, Cerulli. A Riforma della Giustizia Amministrativa: Considerazioni Introduttive, in IRELLI, Vincenzo Cerulli. **Verso il nuovo Processo Amministrativo**. Torino, G. Giappichelli Editore, 2000, p. 05.

³²⁴ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **A justiça administrativa...**, p. 27; CORREIA, Sérvulo. **Direito do contencioso administrativo...**, p. 32 a 214; SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã...**, p. 50.

³²⁵ SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã...**, p. 25. Está-se diante de definição de Vasco Pereira da Silva para a circunstância retratada por Maurice Hauriou (HAURIOU, Maurice. **Précis Élémentaire de Droit Administratif**. Paris, Sirey, 1943, 5ª ed., p. 252).

³²⁶ A propósito, leia-se: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Op. cit.**, p. 31; SILVA, Vasco Pereira da. **Op. cit.**, p. 25 a 29.

³²⁷ Cf. SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã...**, p. 25-38, 52 e 257.

direção a um “*contencioso de plena jurisdição*”,³²⁸ com isso finalmente correspondendo ao que se espera do próprio Direito Administrativo.³²⁹

Mesmo que seja em breves linhas, tem-se de imperiosamente atentar para os contenciosos administrativos existentes na Alemanha e em Portugal, que cedo souberam dar ao “*traumático*”³³⁰ modelo francês um formato mais próximo do que se espera de uma verdadeira *Justiça Administrativa*.³³¹ Nada mais justo que a eles se faça essa reverência, porquanto realmente prevêem uma *Justiça Administrativa* de verdadeiros Tribunais,³³² alicerçados num *modelo sul-alemão*³³³ que buscou inspiração no projeto de Constituição *Paulskirchenverfassung*, de 1849.³³⁴ “*Verdadeiros*”³³⁵ e *especializados*³³⁶ Tribunais que não por acaso têm sido regidos, em território alemão, por um diploma legal³³⁷ que tem sido considerado por alguns como “...o primeiro e um dos mais completos e eficazes “*códigos*” de *Justiça Administrativa, de toda a Europa*”.³³⁸ Indo pelo mesmo caminho, os igualmente

³²⁸ DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. *Op. cit.*, p. 89. No sentido do texto: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 38 e 39; SILVA, Vasco Pereira da. **Para um Contencioso Administrativo dos Particulares: Esboço de uma Teoria Subjectivista do Recurso Directo de Anulação**. Coimbra, Almedina, 1989, p. 47.

³²⁹ A propósito de um Direito Administrativo voltado à proteção dos administrados contra os abusos da Administração: WADE e FORSYTH. **Administrative Law**. Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 05.

³³⁰ A expressão é de Vasco Pereira da Silva (SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã...**, p. 53).

³³¹ A respeito: GOMES, Carla Amado. O artigo 4º do ETAF: Um exemplo de *Creeping Jurisdiction?*..., p. 446 e 447.

³³² Nesse sentido: CORREIA, Sérvulo. **Direito do contencioso administrativo...**, p. 214. No que diz respeito ao fato de o sistema alemão ser considerado um modelo para os demais: FONSECA, Isabel Celeste da. **Introdução ao estudo sistemático da tutela cautelar no processo administrativo**. Coimbra, Almedina, 2002, p. 267; SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã...**, p. 242.

³³³ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **A justiça administrativa...**, p. 20.

³³⁴ Nesse sentido: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **A justiça administrativa...**, p. 20, nota de rodapé 10.

³³⁵ Cf. SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã...**, p. 242.

³³⁶ E é assim que se tem de encará-los atualmente, em sede de comparação entre os Tribunais Administrativos portugueses e os Tribunais brasileiros. Como bem ressaltado por Vasco Pereira da Silva: “...não faz mais sentido ver o Processo Administrativo como um conjunto de regras e de meios excepcionais relativamente ao Processo Civil (que seria o “comum”), mas sim como um processo autónomo no âmbito de uma jurisdição separada (de acordo com o modelo constitucional de um poder judicial composto por várias jurisdições, determinadas em razão da matéria, gozando de igual dignidade, e podendo nesse sentido ser todas consideradas como “comuns”)” (SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise...**, p. 248).

³³⁷ Trata-se da “*Werwaltungsgerichtsordnung*”: a Lei dos Tribunais Administrativos alemã (VwGO), promulgada em 1960.

³³⁸ SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã...**, p. 59.

“verdadeiros”³³⁹ e *especializados*³⁴⁰ Tribunais portugueses³⁴¹ hão de ser motivo de orgulho até mesmo em sede de comparação com os órgãos jurisdicionais integrantes do peculiar³⁴² e bastante elogiado³⁴³ modelo brasileiro. Aliás, está-se a compará-lo com um modelo brasileiro que vem sendo enaltecido justamente pela circunstância de combinar o melhor de dois mundos,³⁴⁴ por meio da interação entre um Direito material Administrativo de matriz francesa,³⁴⁵ “...assente nas

³³⁹ Cf. SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã...**, p. 242.

³⁴⁰ E é assim que se tem de encará-los atualmente, em sede de comparação entre os Tribunais Administrativos portugueses e os Tribunais brasileiros. Como bem ressaltado por Vasco Pereira da Silva: “...não faz mais sentido ver o Processo Administrativo como um conjunto de regras e de meios excepcionais relativamente ao Processo Civil (que seria o “comum”), mas sim como um processo autónomo no âmbito de uma jurisdição separada (de acordo com o modelo constitucional de um poder judicial composto por várias jurisdições, determinadas em razão da matéria, gozando de igual dignidade, e podendo nesse sentido ser todas consideradas como “comuns”)” (SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã...**, p. 248).

³⁴¹ No que se refere ao contencioso português: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **A justiça administrativa...**, p. 42; DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. *Op. cit.*, p. 89. No que diz respeito ao modelo alemão, leia-se: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **A justiça administrativa...**, p. 20; CORREIA, Sérvulo. **Direito do contencioso administrativo...**, p. 214

³⁴² Assim: CORREIA, Sérvulo. **Direito do contencioso administrativo...**, p. 195.

³⁴³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Ação Civil Pública e a Língua Portuguesa, in MILARÉ, Édís (coord.). **Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 304.

³⁴⁴ A respeito: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **A justiça administrativa...**, p. 23). De um lado mais atrelado ao direito substantivo, claramente não se abre espaço para que, a exemplo do que Bradley e Ewing atestaram ter ocorrido no Reino Unido, duvide-se da existência da “*Administrative Law*” (Cf. BRADLEY e EWING. *Op. cit.*, p. 700). Já por um outro lado mais ligado ao direito processual, caracteriza-se por acolher um processo de plena jurisdição e de profundo respeito aos direitos subjetivos dos administrados (Cf. CORREIA, Sérvulo. **Direito do contencioso administrativo...**, p. 198) assentado numa quase ilimitada garantia de acesso ao Poder Judiciário, a teor do inciso XXXV do artigo 5º da vigente Constituição da República Federativa do Brasil (Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria Geral do Processo Civil**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 91. Em mesmo sentido: ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, p. 357; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1948. v. III, p. 41. A esse respeito, o momento é propício para que se atente para nossa análise (MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. **Teoria Geral...**, p. 139 a 154) do entendimento perfilhado por Enrico Tullio Liebman (LIEBMAN, Enrico Tullio. L’Azione nella teoria del processo civile. In: **Problemi del processo civile**. Milano: Morano, 1962. pág. 46), nitidamente consagrado pelo Código de Processo Civil brasileiro (Cf. GOMES, Fábio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3, p. 246; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1, p. 100; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; e GOMES, Fábio. **Teoria Geral...**, p. 246; MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Da ação civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. pág. 32), segundo o qual a análise das condições da ação precede o exame do mérito e condiciona a resolução deste à presença daquelas (LIEBMAN, Enrico Tullio. L’azione nella teoria del processo civile. In: **Problemi del processo civile**. Milão: Morano, 1962. pág. 47. Nesse sentido: ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual civil**. 8. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003. v. I, p. 467; GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. I, p. 87-88. Encontrando-se as censuras a tal

formas típicas de conduta administrativa de matriz francesa”,³⁴⁶ e um Direito processual Administrativo caracterizado pela possibilidade de os Tribunais Comuns processarem e julgarem litígios oriundos da relação administrativa,³⁴⁷ ancorando-se numa leitura norte-americana do princípio da separação de poderes.³⁴⁸ Justamente por isso é que já se terminou por acentuar que o Brasil “... *pode orgulhar-se de ter uma das mais completas e avançadas legislações em matéria de proteção de interesses supraindividuais.*”³⁴⁹

Um sistema completo e avançado de *jurisdição una* que em nada suplanta o modelo português, ainda mais quando se atenta para a circunstância de que essa expressão é usualmente contraposta à *dualidade de jurisdições* que se caracteriza por “... *tribunais administrativos organicamente ligados à Administração e apartados do Poder Judiciário*”,³⁵⁰ algo que já não mais se encontra³⁵¹ na lusitana *Justiça Administrativa*³⁵² dos dias de hoje. Seja como for, o certo é que tanto num como

entendimento (Dentre outros: BAETHGEN, Walter Eduardo. As condições da ação e novo Código de Processo Civil. In: **Revista Forense**. Rio de Janeiro, 1975. v. 251, p. 18; BOSCHI, José Antônio Paganella. **Ação Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2002. págs. 97-99; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. *Op. cit.*, p. 117 e ss) sustentadas na dificuldade encontrada por seus adeptos no momento de definir o ato jurisdicional por que, ausentes quaisquer das condições da ação, reconhece-se a denominada “*carência de ação*”. Na inócua tentativa de manter o prestígio daquela, recusam a este o caráter de provimento jurisdicional (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; e GOMES, Fábio. *Op. cit.*, p. 121), limitando-se a vê-lo como um pronunciamento judicial que, pura e simplesmente, declara que o autor não tem ação (GRECO FILHO, Vicente. *Op. cit.*, p. 88). Em mesmo sentido: BOSCHI, José Antônio Paganella. **Ação Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2002. págs. 104-105; ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, pág. 37; SATTA, Salvatore; e PUNZI, Carmine. *Op. cit.*, p. 138; FABRICIO, Adrualdo Furtado. Condições da Ação: Mérito e Coisa Julgada. In: **Conferência no Curso de Aperfeiçoamento para Juízes**. ESMRGS, Biblioteca do TJRS, p. 16. Em críticas a respeito do tema: MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. **Teoria Geral...**, pp. 139 a 154).

³⁴⁵ Cf. CORREIA, Sérvulo. **Direito do contencioso administrativo...**, p. 196

³⁴⁶ Cf. CORREIA, Sérvulo. **Direito do contencioso administrativo...**, p. 196.

³⁴⁷ Nesse sentido: CORREIA, Sérvulo. **Direito do contencioso administrativo...**, p. 196.

³⁴⁸ Cf. CORREIA, Sérvulo. **Direito do contencioso administrativo...**, p. 214.

³⁴⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Ação Civil Pública e a Língua Portuguesa, in MILARÉ, Édís (coord.). **Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 304. Tanto é que vem intrigando o jurista europeu (Cf. CORREIA, Sérvulo. **Direito do contencioso administrativo...**, p. 196), de sorte que há quem o enxergue como “...*uma antecipação de muitas décadas do sentido para que aponta hoje, na Europa Continental, a evolução dos modelos nacionais inicialmente centrados na mera anulação contenciosa dos actos administrativos.*” (CORREIA, Sérvulo. **Direito do contencioso administrativo...**, p. 198).

³⁵⁰ Cf. CORREIA, Sérvulo. **Direito do contencioso administrativo...**, p. 218.

³⁵¹ Cf. SILVA, Vasco Pereira da. O contencioso administrativo no divã da psicanálise..., p. 53.

³⁵² A respeito: GOMES, Carla Amado. O artigo 4º do ETAF: Um exemplo de *Creeping Jurisdiction?*..., p. 446 e 447.

noutro se tem acesso a um contencioso que associa meios processuais característicos desses³⁵³ a “*meios comuns do processo civil*”.³⁵⁴ Tanto num como noutro, o que realmente importa é a efetividade³⁵⁵ que há de servir de norte para o poder-dever de prestar a tutela jurisdicional,³⁵⁶ a ser exercido sempre que venha a ser exigido por quem se valha da pretensão à tutela jurídica³⁵⁷ constitucionalmente assegurada.³⁵⁸ Diga-se, de passagem, está-se a fazer menção a uma efetividade³⁵⁹

³⁵³ CORREIA, Sérvulo. *Direito do contencioso administrativo...*, p. 196.

³⁵⁴ CORREIA, Sérvulo. **Direito do contencioso administrativo...**, p. 196. Atualmente, também a *Justiça Administrativa* portuguesa pode atualmente recorrer a *meios processuais* previstos no Código de Processo Civil lusitano, em obediência ao princípio da efetividade da tutela jurisdicional (Nesse sentido, embora com o foco mais voltado à tutela cautelar não especificada: HENRIQUES, Sofia. **A tutela cautelar não especificada...**, p. 28) e com fulcro no artigo 1º do *Código de Processo nos Tribunais Administrativos* (Aprovado pela Lei n.º 15, de 22 de fevereiro de 2002, tendo ambos entrado em vigor no dia 01 de janeiro de 2004, nos termos da Lei n.º 4-A, de 19 de fevereiro de 2003. A respeito do filme de “suspense” “*Hitchcockiano*” (Cf. SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã...**, p. 231), felizmente bem sucedido, que se teve em razão da Reforma do Contencioso Administrativo português: SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise...**, pp. 212 a 232. A propósito: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Reforma do Contencioso Administrativo: O debate universitário (Trabalhos preparatórios)**. Volume I. Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 21 e segs.).

³⁵⁵ No que diz respeito à necessidade de um procedimento que realmente defenda o interesse dos administrados e permita “...*el cumplimiento del deber de buena administración*.” (Cf. PONCE SOLÉ, Juli. **Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad**. España, Valladolid, Editorial Lex Nova, febrero 2001, 1ª edición, p. 200).

³⁵⁶ A respeito: MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. **Embargos à Execução: Sentença de Procedência e Improcedência**. Curitiba, Juruá Editora, 2008, 3ª edição, p. 26 e 27. Assim afirmamos em: MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. Da pretensão à tutela jurídica e dos aspectos referentes à relação jurídica processual, in **CD-ROM da Revista Forense**, 2001. v. 355. A esse respeito: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op. cit.*, p. 31; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. I, p. 26; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. cit.*, p. 205. Complementando esses singelos e resumidos dizeres acerca da jurisdição, Manuel Galdino Paixão Júnior a define como a “...*atividade de declarar e fazer atuar o direito do caso concreto*”. (PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino. *Op. cit.*, p. 20). Assim compreendem: CONSOLO, Cláudio. **Spiegazioni di diritto processuale civile – Tomo primo: Le tutele**. Quarta edizione riveduta. Bologna, 2000. p. 71; RAMOS MENDEZ, Francisco. **Derecho Procesal Civil**. Quinta edición. Barcelona: José Maria Bosch, 1992. t. I, p. 58; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das ações**. 1 ed. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998. t. I, p. 249; COULON, Jean Marie e FRISON-ROCHE, Marie-Anne. *Le Droit d'Accès à la Justice*, in CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry. **Droits Fondamentaux**. Paris, Dalloz, 2002, 8ª ed., p. 467.

³⁵⁷ MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. **Teoria Geral do Processo: O processo como serviço público**. Curitiba, Juruá Editora, 2009, 3ª edição, pp. 143 e segs.

³⁵⁸ Nesse sentido: CONSOLO, Cláudio. *Op. cit.*, p. 71; RAMOS MENDEZ, Francisco. *Op. cit.*, p. 58; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das ações**. 1 ed. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998. t. I, p. 249; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Op. cit.*, p. 17; SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. pág. 713; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. cit.*, p. 105.

que há de propiciar proteção contra qualquer forma de injusto,³⁶⁰ de sorte que a tutela a ser prestada se mostre adequada ao caso concreto³⁶¹ e suficientemente apta à justa resolução desse.³⁶² Algo que se verifica inclusive em sede de *cumprimento de sentença*,³⁶³ dada a característica de *instrumentalidade* que, inerente às normas processuais, exige que o *direito substantivo* seja efetiva e materialmente tutelado pelo órgão jurisdicional.³⁶⁴

2. 3. Ainda numa perspectiva de Direito Comparado: Um olhar sobre a defesa do ambiente que se projeta na (tu)tela jurisdicional ambiental

Num primeiro momento se tem de observar que, para além de não serem raras as lesões ambientais que vêm a ser praticadas pela Administração Pública³⁶⁵ em meio

³⁵⁹ Como bem afirma Ovídio Araújo Baptista da Silva, o Estado “...*não pode deixar de dar resposta adequada aos direitos por ele mesmo proclamados*”. (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**: Processo de Conhecimento. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. I, p. 25. Em mesmo sentido: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 245.

³⁶⁰ Cf. WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer – arts. 273 e 461 do CPC. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 20.

³⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 79. Em mesmo sentido: COULON, Jean Marie e FRISON-ROCHE, Marie-Anne. *Le Droit d'Accès à la Justice*, in CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry. **Droits Fondamentaux**. Paris, Dalloz, 2002, 8ª ed., p. 127; MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória...**, p. 78. Nesse sentido: HENRIQUES, Sofia. **A tutela cautelar não especificada no novo contencioso administrativo português**. Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 20.

No pertinente ao tema, merecem destaque as palavras de Márcio Louzada Carpena, no sentido de que o princípio consubstanciado no inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal, “...*em última análise, garante o direito de ação, bem como o de ter um processo direcionado à entrega do direito material de maneira efetiva e eficaz a todos os jurisdicionados*”. (CARPENA, Márcio Louzada. Da Garantia da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e o Processo Contemporâneo. In: PORTO, Sérgio Gilberto. **As garantias do cidadão no processo civil**: relações entre Constituição e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 20).

³⁶² Nesse sentido: MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. **Teoria Geral do Processo...**, p. 113. HENRIQUES, Sofia. **A tutela cautelar não especificada...**, p. 20.

³⁶³ MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. **Teoria Geral do Processo...**, p. 113.

³⁶⁴ Cf. WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer – arts. 273 e 461 do CPC, in TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 20.

³⁶⁵ Cf. DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. *Op. cit.*, p. 42; GOMIS CATALÁ, Lucía. **Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente**. Prólogo de Ramón Martín Mateo, Elcano (Navarra), Editorial Aranzadi S.A., 1998, P. 200; LOZANO CUTANDA, Blanca. **Derecho Ambiental Administrativo**. Madrid, DYKINSON, 2009, 10ª edición, P. 114.

à sua perseguição do interesse público,³⁶⁶ há de se ter em mente que todo e qualquer dano ao ambiente indubitavelmente diz respeito a toda a coletividade, em virtude de seus membros sempre se prejudicarem com a degradação.³⁶⁷ Ainda mais quando se relembra que o desrespeito à “*capacidade homeostática dos ecossistemas*”³⁶⁸ e a seus “*limites de irreversibilidade*”,³⁶⁹ com o que se pode levá-los à morte,³⁷⁰ não decorre de “...um poluente ou práticas em particular”, mas da atividade humana como um todo, “...que pressiona os limites e ameaça superar a capacidade de sustentação do sistema biosférico”.³⁷¹ Tanto é que, tendo-se por ressalvada a germânica ausência de uma genérica³⁷² *extensão de legitimidade processual* semelhante à *acção popular*³⁷³ portuguesa,³⁷⁴ revela-se equivocado pretender que se consiga determinar quem há de ser visto como *titular* desse Direito ao Ambiente, dada a sua titularidade recair *difusamente* sobre toda a

³⁶⁶ E mesmo porque, como bem terminou por acentuar Jean Rivero, “...la satisfaction de l'intérêt général est la fin exclusive du service public”. (RIVERO, Jean. **Droit Administratif**. 7^ª édition. Paris: Précis Dalloz, 1975, p. 424). A respeito da atividade da Administração em prol do interesse público: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 64. A respeito da ideia de interesse público, leia-se: SCANTIMBURGO, Julio. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Max Limonad, p. 129; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: Parte Introdutória, Parte Geral e Parte Especial. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 335.

³⁶⁷ Mário Aroso de Almeida parte dessa mesma premissa, mas chega à conclusão de que são de Direito Administrativo “*grande parte*” das relações jurídicas ambientais, e não a totalidade dessas (Cf. ALMEIDA, Mário Aroso. O novo contencioso administrativo em matéria de ambiente, in **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**. Lisboa, Almedina, Instituto de Direito do Urbanismo e do Ambiente, LDA. (IDUAL), publicação semestral, números 18/19, dezembro/2002 a junho/2003, p. 119).

³⁶⁸ CARVALHO, Edson Ferreira de. *Op. cit.*, p. 97.

³⁶⁹ CARVALHO, Edson Ferreira de. *Op. cit.*, p. 99. A respeito: PEREIRA, Paulo Affonso Soares. **Rios, Redes e Regiões: A sustentabilidade a partir de um enfoque integrado dos recursos terrestres**. Porto Alegre, Editora AGE, 2000, p. 147.

³⁷⁰ Cf. CARVALHO, Edson Ferreira de. *Op. cit.*, p. 99.

³⁷¹ CARVALHO, Edson Ferreira de. *Op. cit.*, p. 120. Embora o autor tenha se referido à atividade econômica, nada impede que a conclusão seja estendida à atividade humana em geral. Ainda a respeito: COSTANZA, Robert; DALY, Herman E.; BARTHOLOMEW, A. Goals, agenda and policy recommendations for ecological economics. in COSTANZA, Robert (ed.). **Ecological economics: The science and management of sustainability**. New York, Hill and Wang, 1991.

³⁷² Isso porque há exceções pontuais a essa regra (Cf. GOMES, Carla Amado. **Risco e Modificação...**, p. 116).

³⁷³ GOMES, Carla Amado. **Risco e Modificação...**, p. 116.

³⁷⁴ Vide ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **A tutela dos interesses difusos em direito administrativo: para uma legitimação procedimental**, Coimbra, 1989.

comunidade,³⁷⁵ dispersando-se por essa³⁷⁶ e dando ensejo ao surgimento de *necessidades colectivas*³⁷⁷ a serem satisfeitas “...numa perspectiva comunitária”.³⁷⁸ Viu-se que isso é justamente o que faz com que “*apenas a comunidade, enquanto tal*”,³⁷⁹ por intermédio de seu *portador*,³⁸⁰ possa persegui-las.³⁸¹ Só por essa peculiar perspectiva difusa de que se reveste o *Direito ao Ambiente* já se poderia defender a competência da *Justiça Administrativa*, no que se refere aos ordenamentos jurídicos ditos *dualistas*, para a apreciação de toda e qualquer demanda judicial a respeito de lesões ao ambiente ou de ameaças de danos a esse.³⁸² Aliás, o mesmo poderia ser dito acerca do peculiar sistema brasileiro de *unidade de jurisdição*,³⁸³ que paradoxalmente deixa o julgamento dos feitos Estaduais³⁸⁴ envolvendo a Administração Pública a cargo das Varas da Fazenda Pública, nas Comarcas onde essas existem,³⁸⁵ ou sob a responsabilidade dos juízes

³⁷⁵ Nesse sentido, mas mais propriamente no que diz respeito ao Estado e à nação: MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. G. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 111.

³⁷⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, Tomo IV...**, p. 78.

³⁷⁷ A respeito dessas *necessidades coletivas*: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, Tomo IV...**, pp. 76 e 77. CAETANO, Marcelo. **Manual de Direito Administrativo, II**. Colaboração de Diogo Freitas do Amaral, Lisboa, 1972, 9ª ed., revista e actualizada, pp. 1041 e segs.; ANTUNES, Luís Filipe Colaço. Para uma noção jurídica de ambiente, in **Scientia Iuridica**. Números 253/257, Braga, Universidade de Minho, 1992, p. 85.

³⁷⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, Tomo IV...**, p. 77.

³⁷⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, Tomo IV...**, p. 78.

³⁸⁰ MONTE, Mário Ferreira. **Da proteção penal do consumidor**. Coimbra, Almedina, 1996, p. 212. Ressalte-se ser justamente essa a peculiaridade que mais os distingue: a indeterminabilidade dos titulares dos *interesses difusos*. Nesse sentido: NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, 4ª edição, p. 114.

³⁸¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: Nascimento da prisão**. Tradução do original “*Surveiller et punir*” por Raquel Ramalheite, Rio de Janeiro, Petrópolis, Editora Vozes, 2009, 37ª edição, p. 29.

³⁸² Algo que se faria na esteira de posição já sustentada e melhor esmiuçada por Carla Amado Gomes (Cf. GOMES, Carla Amado. O artigo 4º do ETAF: Um exemplo de *Creeping Jurisdiction*?..., pág. 469), em análise do artigo 4º do *Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF)*, instituído pela Lei n.º 13, de 19 de fevereiro de 2002, em conjugação com a nova redação do artigo 45 da Lei de Bases do Ambiente portuguesa (Cf. GOMES, Carla Amado. O artigo 4º do ETAF: Um exemplo de *Creeping Jurisdiction*?..., pág. 454.). Posição que em nada destoa do entendimento de Jorge Miranda, a respeito do exercício de competências vizinhas e conexas por parte dos Tribunais Administrativos: MIRANDA, Jorge. Uma perspectiva constitucional da reforma do contencioso administrativo, in **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles**. V, Coimbra, 2003, p. 49.

³⁸³ A respeito do híbrido modelo brasileiro: CORREIA, Sérvulo. **Direito do contencioso administrativo...**, pp. 195 e 196.

³⁸⁴ Destaque-se que o termo “Estaduais” está sendo aqui empregado como forma de diferenciá-los dos feitos “*Federais*” a que se refere o inciso I do artigo 109 da Carta Magna brasileira.

³⁸⁵ Cf. CORREIA, Sérvulo. **Direito do contencioso administrativo...**, p. 219.

comuns, nas Comarcas destituídas de tais juizados especializados.

Mas não é só em decorrência dessa perspectiva difusa de que se reveste o *Direito ao Ambiente* que se pretende submetê-lo à *Justiça Administrativa*. Para além desse aspecto e da característica essencialmente administrativa de que se revestem as normas jurídicas que lhe dizem respeito,³⁸⁶ não se pode perder de vista a circunstância de, sempre e necessariamente, ter-se de averiguar se o dano ambiental deriva de um descumprimento, por parte da Administração Pública, do associado³⁸⁷ dever fundamental³⁸⁸ de defender o ambiente, a teor das alíneas “d” e “e” do artigo 9º da Constituição da República Portuguesa e do *caput* do artigo 225 da vigente Constituição da República Federativa do Brasil. Intimamente ligado à dimensão objetiva do Direito ao Ambiente³⁸⁹ e passível de ser visto como o seu

³⁸⁶ Quanto a serem essencialmente de Direito Administrativo as normas jurídicas voltadas à proteção do ambiente, bem como em relação a serem frequentes os danos ambientais provocados por entidades administrativas: ALMEIDA, Mário Aroso. O novo contencioso administrativo em matéria de ambiente, in **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**. Lisboa, Almedina, Instituto de Direito do Urbanismo e do Ambiente, LDA. (IDUAL), publicação semestral, números 18/19, dezembro/2002 a junho/2003, pp. 115 e 116; GONÇALVES, Pedro António Pimenta Costa. Os meios de tutela perante os danos ambientais provocados no exercício da função administrativa, in **Actas do I Congresso de Direito do Ambiente**, Número especial de Lusíada – Revista de Ciência e Cultura, Porto, 1997, pp. 67 a 84; JORDANO FRAGA, Jesús. **La protección del derecho a un medio ambiente adecuado**. Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1995, p. 256; TORRES, Mário de Araújo. Contencioso Administrativo, in **Textos (CEJ): Ambiente e consumo**. Vol. II, Lisboa, 1996, p. 345. A respeito de possíveis exceções: ALMEIDA, Mário Aroso. O novo contencioso administrativo em matéria de ambiente, in **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**. Lisboa, Almedina, Instituto de Direito do Urbanismo e do Ambiente, LDA. (IDUAL), publicação semestral, números 18/19, dezembro/2002 a junho/2003, p. 120.

³⁸⁷ A respeito de um dever associado a um direito fundamental, leia-se: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976**. Coimbra, Almedina, 2006, 3ª edição, p. 168 e 169.

³⁸⁸ Nesse sentido: SILVA, Vasco Pereira da. **Verde Cor do Direito...**, p. 31. Conforme também: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Coimbra, Coimbra Editora, 2000, 3ª edição, revista e actualizada, p. 540. Em mesmo sentido: CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra, Livraria Almedina, 1992, 5ª edição, p. 591; FIORILLO, Celso Antônio Pacheco e DIAFERIA, Adriana. **Op. cit.**, p. 31; MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito ambiental: Proibição de Retrocesso**. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2007, p. 74; RUIZ, José Juste. **Derecho Internacional del Medio Ambiente**. Madrid, McGraw-Hill, 1999, p. 69; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2009, 10ª edição, p. 366; ZSÖGÖN, Silvia Jaquenod. **El derecho ambiental y sus principios rectores**. DYKINSON, S. L., 1991, tercera edición, p. 335; “Draft Principles on Human Rights and the Environment” in BIRNIE, p. W. e BOYLE, A. E. **International Law and the Environment**. United States, New York, Oxford University Press Inc., 2002, second edition, p. 282.

³⁸⁹ José Joaquim Gomes Canotilho ressalta que esse “*direito à proteção do ambiente*” constitui um dos dois “*«momentos subjetivos» do direito ao ambiente*” que se queira enxergar numa perspectiva de direito subjetivo (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais...**, pp. 187 e 188).

“conceito central”,³⁹⁰ o “dever de protecção”³⁹¹ que se impõe à Administração Pública em matéria ambiental³⁹² teoricamente a encarrega de sempre atuar para impedir que esse venha a ser lesionado por agressões ou ameaças de lesões provenientes do próprio Estado ou de quem quer que seja.³⁹³ Como consequência direta disso, tem-se sempre de averiguar se o dano ao ambiente se concretizou em razão de uma ação ou omissão faltosa por parte da Administração Pública, nos termos do artigo 22 da Constituição da República Portuguesa³⁹⁴ e do § 6º do artigo 37 da vigente Constituição da República Federativa do Brasil, de forma a sujeitá-la, em caso positivo, à tutela inibitória³⁹⁵ e à imprescindibilidade de reparação,³⁹⁶ em maior ou menor proporção, para tanto bastando apenas que o “direito à proteção do ambiente”³⁹⁷ venha a ser judicializado³⁹⁸ por seu portador.³⁹⁹

Não são poucos os doutrinadores que atualmente⁴⁰⁰ colocam à margem da *Justiça Administrativa* os danos ambientais causados por particulares que tenham sido

³⁹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 89.

³⁹¹ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais...**, p. 89.

³⁹² Cf. ALMEIDA, Mário Aroso. Tutela jurisdicional em matéria ambiental, in ROCHA, Mário de Melo (coord.). **Estudos de Direito do Ambiente**. Porto, Publicações Universidade Católica, 2003, p. 82.

³⁹³ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais...**, p. 86.

³⁹⁴ A respeito, leia-se: MACHADO, Jónatas E. M. Breves considerações em torno do âmbito da Justiça Administrativa, in **A reforma da Justiça Administrativa**. Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 116.

³⁹⁵ Cf. SENDRA, Vicente Gimeno; CATENA, Victor Moreno; Llobregat, José Garverí e SERRANO, Nicolás González-Cuellar. **Derecho procesal administrativo**. Valencia, 1993, p. 117. A respeito da tutela inibitória na seara ambiental, ver, por todos: GIOVANNI, Francesco di. **Strumenti privatistici e tutela dell’“ambiente”**. Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1982, p. 121 e segs.

³⁹⁶ Reconhecendo a possibilidade de se recorrer à jurisdição como forma de controlar a inatividade administrativa: LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki; GARCÍA URETA, Agustín; LAZCANO BROTONS, Iñigo. **Derecho ambiental: Parte General**. Bilbao, 2007, segunda edición, p. 428.

³⁹⁷ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais...**, p. 188.

³⁹⁸ A respeito da discussão a respeito da identificação do conceito de direito subjetivo com a ideia de judicialidade: NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais...**, p. 89 e segs.

³⁹⁹ MONTE, Mário Ferreira. **Da proteção penal do consumidor**. Coimbra, Almedina, 1996, p. 212. Ressalte-se ser justamente essa a peculiaridade que mais os distingue: a indeterminabilidade dos titulares dos *interesses difusos*. Nesse sentido: NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, 4ª edição, p. 114. A respeito do caráter difuso do Direito ao Ambiente: , mas mais propriamente no que diz respeito ao Estado e à nação: MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. G. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 111

⁴⁰⁰ Faz-se questão do vocábulo “atualmente” em virtude de a própria Carla Amado Gomes ressaltar que a absorção de todo o contencioso ambiental “...com exceção da aplicação de coimas e medidas de natureza penal, pela jurisdição administrativa, é uma evolução lógica e coerente do sistema.” (GOMES, Carla Amado. *A ecologização da Justiça Administrativa...*, p. 267).

praticados a descoberto de qualquer autorização da Administração Pública e que não sejam provenientes do exercício de funções materialmente administrativas.⁴⁰¹ Como forma de rebater tal raciocínio, poder-se-ia propor também submetê-los à abrangência⁴⁰² do contencioso administrativo ambiental,⁴⁰³ para tanto bastando que se partisse da supracitada dedução no sentido de que está a Administração Pública sempre e necessariamente diante de um dever de evitá-los,⁴⁰⁴ por força da vinculação ao direito fundamental a um ambiente ecologicamente equilibrado e em virtude do princípio de prevenção de danos ambientais.⁴⁰⁵ Para tanto, bastaria ver a Administração Pública como parte a quem sempre se poderia reconhecer legitimidade passiva para ser chamada a ressarcir o dano ambiental causado por quem quer que seja, com base na *tarefa fundamental* que lhe compete, a teor das alíneas “d” e “e” do artigo 9º da Constituição da República Portuguesa⁴⁰⁶ e do *caput* do artigo 225 da vigente Constituição da República Federativa do Brasil.⁴⁰⁷ Sem

⁴⁰¹ A respeito: GOMES, Carla Amado. O artigo 4º do ETAF: Um exemplo de *Creeping Jurisdiction?*..., p. 455; GOMES, Carla Amado. A ecologização da Justiça Administrativa: Brevíssima nota sobre a alínea l) do n.º 1 do artigo 4º do ETAF, in GOMES, Carla Amado. **Textos dispersos de Direito do Ambiente**. Volume I. Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAF DL), 2008, 1ª reimpressão, pp. 253 e 259.

⁴⁰² Conveniência que é reconhecida por Carla Amado Gomes no que se refere à legitimidade popular: “...a natureza pública do bem objecto do litígio recomenda, em nossa opinião, que **todas** as iniciativas processuais populares e associativas, bem como públicas (pela mão do Ministério Público) dirigidas à salvaguarda de bens ambientais naturais (bem como de outros bens de fruição colectiva) se desenrolem junto da jurisdição administrativa enquanto jurisdição comum em questões jurídico-públicas.” (GOMES, Carla Amado. A ecologização da Justiça Administrativa..., p. 260).

⁴⁰³ Isso porque sempre se tem de lembrar, na esteira do ressaltado por José Carlos Vieira de Andrade, que “...mesmo os direitos de liberdade, dirigidos essencialmente a uma abstenção do Estado, implicam a garantia, por parte deste, da sua realização em face de terceiros, designadamente perante poderes privados.” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. **A justiça administrativa**. Coimbra, Almedina, 2009, 10ª edição, p. 70, nota de rodapé n.º 96). Trata-se de comentário tecida no que tange a “direitos subjectivos” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. **A justiça administrativa...**, p. 70) a que José Carlos Vieira de Andrade confere “natureza obrigacional” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. **A justiça administrativa...**, p. 70).

⁴⁰⁴ A respeito do “*deber de conservar el medio ambiente*”: ECHAVARRÍA, Juan José Solozábal. El Derecho al Medio Ambiente como Derecho Publico Subjetivo, in AA.VV. **A Tutela Jurídica do Ambiente: Presente e futuro**. Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 32.

⁴⁰⁵ Até aqui veio Carla Amado Gomes (GOMES, Carla Amado. O artigo 4º do ETAF: Um exemplo de *Creeping Jurisdiction?*..., pág. 455).

⁴⁰⁶ Nesse sentido: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **A justiça administrativa...**, p. 143 e segs.; MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Coimbra, Coimbra Editora, 2000, 3ª edição, revista e actualizada, p. 540; SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor do Direito...**, p. 31; ZSÖGÖN, Silvia Jaquenod. *Op. cit.*, p. 335.

⁴⁰⁷ No ordenamento jurídico brasileiro, um problema que frequentemente tem se apresentado no âmbito do processo ambiental brasileiro está ligado à hipótese em que o degradador, conquanto obrigado a tanto em sede de ação de execução lastreada em Termo de Ajustamento de Conduta

sombra de dúvida, revelar-se-ia considerável o contributo a ser prestado por essa ideia de *Estado de Direito do Ambiente*,⁴⁰⁸ que se manifestaria numa “*Constituição Ambiental*”⁴⁰⁹ consagrada de “...obrigações e deveres de actuação e de fiscalização a cargo dos poderes públicos, mas em especial da Administração”,⁴¹⁰ nisso se justificando a tendência de transformar “...em administrativas a maior parte das relações jurídicas ambientais.”⁴¹¹

Nada obstante seja defensável a ideia de um dever que se lhe impõe e se lhe sujeita à responsabilização⁴¹² “...por omisión o inactividad”⁴¹³ em caso de todo e qualquer descumprimento que leve à superveniência de uma lesão ao ambiente ou a uma ameaça de dano a esse, ainda assim se tem de reconhecer que um tal alargamento da *Justiça Administrativa*⁴¹⁴ esbarra na necessária ponderação que não raramente há de ser feita entre o Direito ao Ambiente e outro direito fundamental ou bem

(Trata-se de acordo que, uma vez celebrado entre o degradador e algum dos órgãos públicos legitimados, constitui título executivo extrajudicial, nos termos do § 6º do artigo 5º da Lei Nacional brasileira n.º 7.347, de 24 de julho de 1985) ou de decisão judicial proferida no bojo de uma Ação Civil Pública (Está-se a fazer menção à ação coletiva que se encontra prevista no artigo 1º da Lei Nacional brasileira n.º 7.347, de 24 de julho de 1985), nega-se a efetuar a reparação do dano ao ambiente.

⁴⁰⁸ Na esteira da expressão a que se reporta Vasco Pereira da Silva (SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor do Direito...**, p. 56. Na esteira de Vasco Pereira da Silva, também Carla Amado Gomes se refere a ela: GOMES, Carla Amado. *Ambiente (Direito do)*, in GOMES, Carla Amado. **Textos dispersos de Direito do Ambiente**. Volume I. Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAFDL), 2008, 1ª reimpressão, p. 77.

⁴⁰⁹ SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor do Direito...**, p. 56).

⁴¹⁰ SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor do Direito...**, p. 56.

⁴¹¹ SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor do Direito...**, p. 56.

⁴¹² Como bem lembrado por Mário Aroso de Almeida (ALMEIDA, Mário Aroso. *Tutela jurisdicional em matéria ambiental*, in ROCHA, Mário de Melo (coord.). **Estudos de Direito do Ambiente**. Porto, Publicações Universidade Católica, 2003, p. 82).

⁴¹³ REXACH, Angel Menéndez. *Protagonismo del Derecho Administrativo...*, p. 85.

⁴¹⁴ Sem sombra de dúvida, um alargamento da *Justiça Administrativa* que sequer permitirá que nela se infiltrem “...litígios de conotação puramente jurídico-privada, ao abrigo da camuflagem do ‘direito do ambiente’” (Cf. GOMES, Carla Amado. *A ecologização da Justiça Administrativa...*, p. 266), contra o que compreensivelmente se insurge Carla Amado Gomes (Cf. GOMES, Carla Amado. *A ecologização da Justiça Administrativa...*, p. 266). Isso porque competirá à *Justiça Administrativa* se pronunciar, tanto em sede cognitiva quanto em termos de *cumprimento de sentença*, apenas a propósito dos interesses de que a Sociedade se revele titular, quer seja de uma parcela dessa ou de sua generalidade, limitando-se o processo a tão-somente formar título executivo judicial no que se refere às pretensões exclusivamente particulares. Em consequência, toda e qualquer iniciativa de execução ou de liquidação que venha a ser tomada pelos titulares destas com base naquele título executivo judicial deverão ser apreciadas pelo Juízo Comum, uma vez que não mais se encontrarão presentes os motivos porventura responsáveis pelo anterior deslocamento da competência para a *Justiça Administrativa*.

jurídico de que a parte adversa eventualmente se diga titular.⁴¹⁵ É seguro deduzir que, associado a um clássico direito de defesa contra agressões estatais, o *dever de proteção* faz surgir uma relação jurídica *bidimensional* entre o Estado e o titular do difuso “direito à proteção do ambiente”⁴¹⁶ que circunstancialmente esteja a *portá-lo*⁴¹⁷ em prol da comunidade como um todo.⁴¹⁸ Entretanto, distinta há de ser a conclusão no que se refere a “direitos de proteção”⁴¹⁹ “perante terceiros”,⁴²⁰ seara na qual a intrínseca *bidimensionalidade* e a frequente *pluridimensionalidade*⁴²¹ trazem para o Estado a obrigação de, antes de dar cumprimento ao referido *dever de proteção*, preocupar-se em efetuar o balanceamento e a ponderação dos diferentes direitos fundamentais e bens jurídicos que, fazendo-se presentes e atinentes aos indivíduos envolvidos, podem se revelar antagônicos relativamente ao Direito ao Ambiente.⁴²² Nessa linha de raciocínio, encontrar-se-á o Estado autorizado a cumprir seu *dever de proteção* apenas em caso de prevalência do Direito ao

⁴¹⁵ Nesse sentido: NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais...**, p. 86 e segs. ainda a respeito: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Relações jurídicas poligonais – Ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo, in **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**. Coimbra, Almedina, Instituto de Direito do Urbanismo e do Ambiente, LDA. (IDUAL), publicação semestral, n. 1, junho/1994, p. 65 e 66.

⁴¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais...**, p. 188.

⁴¹⁷ MONTE, Mário Ferreira. **Da proteção penal do consumidor**. Coimbra, Almedina, 1996, p. 212. Ressalte-se ser justamente essa a peculiaridade que mais os distingue: a indeterminabilidade dos titulares dos *interesses difusos*. Nesse sentido: NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, 4ª edição, p. 114. A respeito do caráter difuso do Direito ao Ambiente: , mas mais propriamente no que diz respeito ao Estado e à nação: MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. G. **Hermenêutica constitucional...**, p. 111

⁴¹⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: Nascimento da prisão**. Tradução do original “*Surveiller et punir*” por Raquel Ramalheite, Rio de Janeiro, Petrópolis, Editora Vozes, 2009, 37ª edição, p. 29.

⁴¹⁹ Sempre se lembre que os *direitos de proteção* permitem ao indivíduo exigir do Estado que esse os proteja contra ingerências de terceiros (SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília, Brasília Jurídica, 2005. p. 99).

⁴²⁰ Situações em que “...da garantia constitucional de um direito resulta o dever do Estado adoptar medidas positivas destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais perante actividades perturbadoras ou lesivas dos mesmos praticadas por terceiros.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, Almedina, 2010, 7ª edição, 7ª reimpressão, p. 409). Consoante se percebe, está-se a perfilhar uma perspectiva de direitos de proteção, deixando um pouco de lado a perspectiva dos “direitos a prestações materiais sociais” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos...**, p. 185).

⁴²¹ A respeito do problema pluridimensional que frequentemente se apresenta em tal seara: NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais...**, pp. 92 e 93.

⁴²² Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais...**, p. 93.

Ambiente relativamente ao outro direito fundamental ou bem jurídico com ele conflitante.

Por tudo isso é que se revela altamente compreensível a supracitada intenção de transformar “...em administrativas a maior parte das relações jurídicas ambientais”,⁴²³ deixando-se de assim pensar em relação à totalidade dessas.⁴²⁴ É inviável que se pretenda criticar a posição perfilhada pelos doutrinadores que assim se manifestam a respeito da questão. Realmente, tal concepção se revela irreparável num enfoque *substancial*. O problema é que a questão gira em torno de um aspecto *processual*. Na verdade, *o problema é de competência*. A questão se resume a definir quem é o órgão jurisdicional competente para, no bojo de um caso concreto, pronunciar-se a respeito da existência ou não do dever de a Administração Pública proteger o ambiente ecologicamente equilibrado. Com efeito, estando presente o dever de a Administração Pública protegê-lo, há de se reconhecer a *relação jurídica* como *administrativa*, daí advindo a competência da *Justiça Administrativa* para processá-la e julgá-la. Em contrapartida, não se reconhece a *relação jurídica* como *administrativa* no caso de a Administração Pública não se encontrar diante do dever de protegê-lo. Até aí, tudo bem. O detalhe que não se pode perder de vista reside na óbvia constatação de que *considerar a Justiça Administrativa competente ou não para a apreciação de determinada causa implica julgar a Administração Pública*. Daí por que apenas um Juiz com competência para julgá-la se encontra autorizado a decidir a respeito da existência ou não do referido *dever* de a Administração Pública protegê-lo.⁴²⁵ Por conseguinte, em virtude de abstrata e constitucionalmente se consagrar o dever de a Administração Pública evitar quaisquer lesões ambientais ou ameaças de danos ao

⁴²³ SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor do Direito...**, p. 56.

⁴²⁴ Nesse sentido: GOMES, Carla Amado. O artigo 4º do ETAF: Um exemplo de *Creeping Jurisdiction*? ..., pág. 455

⁴²⁵ Situações em que “...da garantia constitucional de um direito resulta o dever do Estado adoptar medidas positivas destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais perante actividades perturbadoras ou lesivas dos mesmos praticadas por terceiros.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, Almedina, 2010, 7ª edição, 7ª reimpressão, p. 409). Consoante se percebe, está-se a perfilhar uma perspectiva de direitos de proteção, deixando um pouco de lado a perspectiva dos “direitos a prestações materiais sociais” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos...**, p. 185).

ambiente, percebe-se inafastável a *competência da Justiça Administrativa para processar e julgar toda e qualquer relação jurídica ambiental*. E isso decorre da impossibilidade de a Justiça Comum julgar a Administração Pública por meio da prolação de decisão judicial em que, analisando o referido dever frente a um caso concreto e sem perder de vista a ideia de “*standard mínimo*”,⁴²⁶ negue-o ou eventualmente o reconheça presente. Por sinal, trata-se de dedução que igualmente se aplica aos já mencionados ordenamentos jurídicos que consagram a dita *unidade de jurisdição*, uma vez que também nestes se exige que o órgão jurisdicional seja competente para processar e julgar aquela Administração Pública.

3. Um poder-dever que há de ser prestado de forma ainda mais efetiva: A tutela jurisdicional na seara ambiental

Tanto num como noutro modelo de *Jurisdição Administrativa*, o que realmente importa é a efetividade da tutela jurisdicional. Na esteira de entendimento perfilhado em outro estudo, “*urge concedê-la de forma efetiva, de sorte que a tutela a ser prestada se mostre adequada ao caso concreto e suficientemente apta à justa resolução desse.*”⁴²⁷ De fato, não há qualquer dúvida de que o direito de acesso à

⁴²⁶ Nos dizeres de José Carlos Vieira de Andrade: “...só devem reconhecer-se **posições jurídicas subjectivas substantivas** no âmbito de uma **garantia institucional**, quanto estejam em causa interesses individualizáveis referidos ao **núcleo essencial** da instituição, quando se trate de prestações necessárias, protecções indispensáveis ou procedimentos únicos. Em todos os casos, optamos pelas ideias da «**necessidade**» ou do «**standard mínimo**» para determinar a existência de um direito subjectivo, susceptível de tutela judicial, já que não são aceitáveis, neste contexto, nem um «**imperativo de optimização**», nem um **casuismo decisório**.” (ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra, Almedina, 2009, 4ª edição, p. 148). Como bem ressalta Jorge Reis Novais: “Em todo o caso, da dimensão objectiva dos direitos fundamentais resultará sempre, não apenas uma orientação substancial sobre o sentido a que deve obedecer a satisfação dos deveres estatais, como a garantia de um padrão mínimo de realização que, não sendo atingido, significará a violação de uma proibição constitucional de **défice de actuação** que vincula juridicamente os poderes do Estado, inclusivamente em termos de poder configurar a existência definitiva de pretensões ou direitos subjectivos à respectiva actuação sempre que esteja em causa a garantia dos pressupostos mínimos necessários ao exercício da liberdade.” (NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais...**, pp. 76 e 77).

⁴²⁷ MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. A morte da quebra de paradigma?, in **Revista da Associação do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, Associação do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (Brasil), 2008. Em mesmo sentido, no que se refere ao contencioso administrativo: HENRIQUES, Sofia. **A tutela cautelar não especificada...**, p. 20; MARTÍNEZ, Juan Manuel Goig. El derecho a la tutela judicial efectiva. Las garantías del artículo

Justiça se presta a garantir “...a tutela efetiva de todos os demais direitos”⁴²⁸. Nesse contexto, não se pode perder de vista que só se tem um acesso efetivo à Justiça, nos precisos termos da ideia de “*procès equitable*”,⁴²⁹ quando há reverência não só à celeridade,⁴³⁰ intrínseca à noção de um *prazo razoável* de apreciação jurisdicional das questões encaminhadas a Juízo, como também à efetividade material das decisões judiciais.⁴³¹ Independentemente do lado que se ocupe no embate a respeito do verdadeiro alcance do “*Judicial Review of the Constitutionality of Legislation*”,⁴³² nitidamente se percebe que, assim como não é saudável um “*Estado dos Juízes*”,⁴³³ por ofensa ao princípio da separação de poderes, também não se pode conferir uma interpretação eminentemente formal à garantia de acesso

24 de la Constitución, in GONZÁLEZ, Santiago Sánchez (Coordinador). **Dogmática y práctica de los derechos fundamentales**. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 357-359; SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã...**, p. 242;

⁴²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória...**, p. 79. Em mesmo sentido: CARPENA, Márcio Louzada. Da Garantia da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e o Processo Contemporâneo. In: PORTO, Sérgio Gilberto. **As garantias do cidadão no processo civil: relações entre Constituição e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. pág. 20; WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer – arts. 273 e 461 do CPC. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. pág. 20; COULON, Jean Marie e FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Le Droit d'Accès à la Justice, in CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry. **Droits Fondamentaux**. Paris, Dalloz, 2002, 8ª ed., p. 473.

⁴²⁹ Ideia essa que, tendo como ponto de partida o *due process of law* (Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição...**, p. 492), restou devidamente consagrada no artigo 6º da Convenção Européia de Direitos do Homem, no artigo 6º da Declaração Universal de Direitos Humanos, no artigo 47 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia e no artigo 14 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição...**, p. 492; DUARTE, Ronnie Preuss. **Op. cit.**, p. 60 a 63).

⁴³⁰ DUARTE, Ronnie Preuss. **Op. cit.**, p. 140.

⁴³¹ DUARTE, Ronnie Preuss. **Op. cit.**, p. 101. Fácil perceber que emerge daí o fundamento geral para as tutelas inibitória (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória...**, p. 80) e antecipada (MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação de tutela**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 211). Consoante bem ressaltou Márcio Louzada Carpena, em se referindo à possibilidade de concessão de tutela antecipada frente ao Poder Público: “...temos que no momento em que a eficácia ou efetividade da prestação jurisdicional está intimamente ligada à antecipação de tutela, via liminar ou não, viável não parece, sob pena de prejudicar a prestação da justiça de maneira adequada, tolher o direito daquele que faz jus a recebê-la, eis que preenchidos os requisitos para tanto, somente pelo fato de a parte adversa ser o Estado. Mostra-se, destarte, inconstitucional a vedação por clara afronta ao direito de ação de forma plena, útil, eficiente e efetiva”. (CARPENA, Márcio Louzada. Da Garantia da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e o Processo Contemporâneo. In: PORTO, Sérgio Gilberto. **As garantias do cidadão no processo civil: relações entre Constituição e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 26).

⁴³² A respeito do tema: DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de “*A Matter of Principle*” por Luís Carlos Borges. São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 43 e segs.

⁴³³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **A justiça administrativa...**, p. 91.

efetivo à tutela jurisdicional, “...desprovido-a de qualquer conteúdo substancial”⁴³⁴ e vendo-a como uma mera proclamação de princípios gerais a serem “...densificados em nível legislativo.”⁴³⁵ Daí por que Robert Alexy opta por uma solução intermediária, de modo a defender uma discricionariedade do legislador no que tange às normas formalmente constitucionais e uma obrigatoriedade sua no que diz respeito às regras constitucionais de natureza material.⁴³⁶

Ainda que em uma certa medida e de forma racional e controlável,⁴³⁷ revele-se realmente necessário densificar⁴³⁸ a garantia de acesso efetivo à tutela jurisdicional, caso contrário não se estaria a escrever estas linhas, indubitavelmente se tem de enxergá-la como um direito fundamental eminentemente material.⁴³⁹ E a razão para que se assim o faça está na sua íntima ligação de legitimidade⁴⁴⁰ para com a própria ideia de Estado Democrático de Direito a que já se reportou este texto.⁴⁴¹ Logo, em sendo o acesso à tutela jurisdicional efetiva o “...meio por excelência de defesa dos direitos fundamentais”,⁴⁴²

⁴³⁴ DUARTE, Ronnie Preuss. *Op. cit.*, p. 106. Também entendendo ser inviável considerá-la como meramente formal: COULON, Jean Marie e FRISON-ROCHE, Marie-Anne. *Le Droit d'Accès à la Justice*, in CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry. **Droits Fondamentaux**. Paris, Dalloz, 2002, 8ª ed., p. 473.

⁴³⁵ DUARTE, Ronnie Preuss. *Op. cit.*, p. 106.

⁴³⁶ ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales, in **Revista Española de Derecho Constitucional**. Volumen 66, Madrid, Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002, p. 21.

⁴³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, Almedina, 2003, p. 1207.

⁴³⁸ DUARTE, Ronnie Preuss. *Op. cit.*, p. 123.

⁴³⁹ A despeito de respeitável posicionamento no sentido contrário de verem-na como um direito fundamental formal: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria...**, p. 490 e 491.

⁴⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung: Beiträge zur diskurstheorie der offenen gesellschaft**. Traducción Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2001, p. 191.

⁴⁴¹ Cf. DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. *Op. cit.*, p. 83. Nesse sentido: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais...**, p. 73 e segs. Por sinal, tamanha a sua relevância que se pode inferir ser ele próprio “...imposto pelos princípios democrático e do Estado de direito” (DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. *Op. cit.*, p. 87. Nesse sentido: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição...**, p. 85. Na jurisprudência portuguesa: Acórdão do Tribunal Constitucional n. 497, de 20 de março de 1996, in **Acórdãos do Tribunal Constitucional**. Volume 33, Lisboa, Tribunal Constitucional, 1996, p. 677).

⁴⁴² DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. *Op. cit.*, p. 83. Repete-se aqui a ressalva de José Eduardo de Oliveira Figueiredo Dias que já veio a ser anteriormente transcrita.

é absurdo pretender que se esgote em uma sentença⁴⁴³ que traga consigo um adequado “*accertamento*”⁴⁴⁴ a respeito da relação jurídica⁴⁴⁵ concreta levada à apreciação do órgão jurisdicional.⁴⁴⁶ Para além disso, tem-se de garantir o acesso a “*todos os meios jurídicos e materiais adequados*”⁴⁴⁷ para que se possa dar a essa sentença o devido cumprimento,⁴⁴⁸ de modo a fazer com que o direito substantivo seja efetiva e materialmente tutelado pelo órgão jurisdicional. Enfim, tudo se resume a jamais perder de vista a instrumentalidade que sempre e

⁴⁴³ Há de se ressaltar que, em respeito à máxima *sententia debet esse libellis conformis*, em regra se encontra uma correspondência entre a eficácia da ação e a da sentença de procedência a ser proferida (Nesse sentido: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das ações**, tomo I. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas/SP: Ed. Bookseller, 1998, 1. ed., p. 109 e 110. Posicionamento que em nada destoia do adotado em: MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. Da sentença constitutiva de falência, in **Juris Síntese Millennium**, set./out. 2002).

⁴⁴⁴ CALAMANDREI, Piero. **Opere Giuridiche**, volume quarto. A cura di Mauro Capelletti, con presentazione di Enrico Tullio Liebman. Napoli: Morano Editore, 1970, p. 97. Nesse sentido: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di Diritto Processuale Civile**. Ristampa della quarta edizione. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1984. v. I, p. 49. Por esse norte nos guiamos em: MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. Da sentença constitutiva de falência, in **Juris Síntese Millennium**, set./out. 2002.

⁴⁴⁵ Seguem esse entendimento, dentre outros, na doutrina nacional: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das ações**. 1. ed. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998. t. I, p. 136 e ss.; MUNHOZ, José Caetano Ferreira. **Curso de Processo Civil, Procedimentos e Medidas Cautelares**. Abrial, Robe Editorial, p. 272; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1, p. 205-206; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1, p. 164-165; SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 1, p. 172; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil, Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1996. v. I, p. 60; TUCCI, Rogério Lauria. **Curso de Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. III, p. 63-64. Entre os doutos portugueses: CASTRO, Artur Anselmo de. **Lições de Processo Civil**. Coligidas e publicadas por Abílio Neto e revistas pelo autor. Coimbra: Almedina, 1971. p. 193; MENDES, João de Castro. **Direito Processual Civil**. Apontamentos das lições dadas ao 4^a ano de 1973-1974 pelo autor, redigidos com a colaboração do assistente Dr. Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa, 1973. v. 1, p. 179. Na doutrina italiana: CALAMANDREI, Piero. **Opere Giuridiche**. A cura di Mauro Capelletti, con presentazione di Enrico Tullio Liebman. Napoli: Morano, 1970. v. 4, p. 97; CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução da 2^a edição italiana por J. Guimarães Menegale, acompanhada de notas pelo Prof. Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Livraria Saraiva, 1942. v. I, p. 301 e ss.; LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di Diritto Processuale Civile**. Ristampa della quarta edizione. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1984. v. I, p. 160.

⁴⁴⁶ Seguem esse entendimento, dentre outros, na doutrina nacional: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado ...**, p. 136 e s.; MUNHOZ, José Caetano Ferreira. **Curso...**, p. 272; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos...**, p. 205 e 206; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso...**, p. 164 e 165; SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas...**, p. 172; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso...**, p. 60; TUCCI, Rogério Lauria. **Curso...**, p. 63 e 64. Entre os doutos portugueses: CASTRO, Artur Anselmo de. **Lições...**, p. 193; MENDES, João de Castro. **Direito Processual...**, p. 179. Na doutrina italiana: CALAMANDREI, Piero. **Opere Giuridiche...**, p. 97; CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições...**, p. 301 e s.; LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale...**, p. 160.

necessariamente tem de servir de norte para as normas processuais,⁴⁴⁹ com o que se percebe a real amplitude desse direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.⁴⁵⁰

3. 1. Preparando-se o terreno para um esverdeamento do *due process*: Um novo paradigma de tutela jurisdicional efetivamente ambiental

Como se não bastasse ter de *identificar* o meio processual apto a tutelar o Direito substantivo ao Ambiente e de aplicá-lo *preventiva* e imediatamente a esse, ainda se pode falar em um dever de o órgão jurisdicional dar interpretação *extensiva*⁴⁵¹ a meios processuais que, já consagrados no ordenamento jurídico, prestem-se especificamente à tutela do ambiente. E a garantia não se restringe à necessidade de o órgão jurisdicional preservar os meios processuais *verdes*⁴⁵² “...ao máximo possível”.⁴⁵³ Ainda se há de falar em um dever de o Juiz, na falta de meios processuais especificamente consagrados para a defesa efetiva do ambiente, adaptar os meios processuais existentes à tutela jurisdicional ambiental,⁴⁵⁴ o que há de ser feito independentemente do ramo do direito de que provenham,

⁴⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, Almedina, 2003, p. 496. Em mesmo sentido: SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise...**, p. 242.

⁴⁴⁸ Nesse sentido: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria...**, p. 496; MARTÍNEZ, Juan Manuel Goig. El derecho a la tutela judicial efectiva. Las garantías del artículo 24 de la Constitución, in GONZÁLEZ, Santiago Sánchez (Coordinador). **Dogmática y práctica de los derechos fundamentales**. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 377 e segs.

⁴⁴⁹ Cf. MACHETE, Rui Chancerelle de. **Estudos de Direito Público**. Coimbra, Coimbra Editora, fevereiro de 2004, p. 79; MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo...**, p. 120.

⁴⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória...**, p. 79. Em mesmo sentido: CARPENA, Márcio Louzada. Da Garantia da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e o Processo Contemporâneo. In: PORTO, Sérgio Gilberto. **As garantias do cidadão no processo civil: relações entre Constituição e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. pág. 20; WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer – arts. 273 e 461 do CPC. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. pág. 20

⁴⁵¹ DUARTE, Ronnie Preuss. **Op. cit.**, p. 218 a 223. No que diz respeito à interpretação constitucional em geral: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição...**, p. 1225.

⁴⁵² SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito...**, p. 233.

⁴⁵³ DUARTE, Ronnie Preuss. **Op. cit.**, p. 178.

⁴⁵⁴ A propósito da necessidade de adaptação dos meios processuais existentes: SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito...**, p. 65.

inclusive por força da “*multidimensionalidade*”⁴⁵⁵ de que se revestem os problemas ambientais.⁴⁵⁶ Trata-se de um “*esverdeamento*”⁴⁵⁷ que consiste em adaptar instrumentos originários de outros ramos do Direito às necessidades específicas do Direito Ambiental, de modo a criar “...a partir deles novos institutos”.⁴⁵⁸ O que não deveria ser uma surpresa, visto que não se pode impedir que os órgãos jurisdicionais criem “...*meios processuais adequados a garantir a tutela plena e efectiva dos valores fundamentais em questão*”.⁴⁵⁹ Por sinal, trata-se de prerrogativa que se coloca à disposição dos litigantes tanto no âmbito de um *accertamento*⁴⁶⁰ quanto em sede de cumprimento desse, sem prejuízo de ainda se poder aplicá-la à tutela de urgência.⁴⁶¹

Tendo em mente que o supracitado *esverdeamento* não há de parar por aí e haja vista que, desde a *Magna Charta*⁴⁶² da *per legem terrae* até a expressão de língua inglesa *due process of law* para a qual foi posteriormente vertida,⁴⁶³ muito se fala

⁴⁵⁵ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Juridicização da ecologia ou ecologização do direito, in **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**. N.º 4, Instituto de Direito do Urbanismo e do Ambiente, Coimbra, Livraria Almedina, Dezembro de 1995, p. 76.

⁴⁵⁶ Nesse sentido: GOMES, Carla Amado. O ambiente como objecto e os objectos do Direito do Ambiente..., pp. 27 e 28; PRIEUR, M. **Droit de l'Environnement**. Paris, 1996, p. 07.

⁴⁵⁷ SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito...**, p. 233.

⁴⁵⁸ GOMES, Carla Amado. Ambiente (Direito do)..., p. 89.

⁴⁵⁹ Cf. SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito...**, p. 65. E a garantia ainda não precisa parar por aí, uma vez que tudo recomenda que um tal “*due process of Environment*” seja sempre e necessariamente observado por parte dos órgãos jurisdicionais encarregados de apreciar as demandas relacionadas à defesa do ambiente. E a maneira de o exigir está na necessidade de sujeitar o Estado que venha a inobservá-lo às sanções previstas em sede de “*Droit International*”. E assim o será com o intuito de obrigá-lo a fazer valer tal garantia (DUARTE, Ronnie Preuss. **Op. cit.**, p. 60 a 63) perante o faltoso órgão jurisdicional doméstico ou, na hipótese de isso não ser possível, de condená-lo a ressarcir a Humanidade pelos prejuízos decorrentes de sua violação (SUDRE, Frédéric. **Droit International et Européen des Droits de L'Homme**. Paris, PUF, 1999, p. 67 e segs.), numa perspectiva de prevenção ou de reparação natural integral, conforme o caso. Conquanto não se possa esgotar a ideia nessas breves linhas, ao menos se deixa aqui a sugestão para que desde já se passe a pensar numa forma de implementá-la.

⁴⁶⁰ A respeito: CALAMANDREI, Piero. **Opere Giuridiche**, volume quarto. A cura di Mauro Capelletti, con presentazione di Enrico Tullio Liebman. Napoli: Morano Editore, 1970, p. 97; LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di Diritto Processuale Civile**. Ristampa della quarta edizione. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1984. v. I, p. 49.

⁴⁶¹ Nesse sentido: AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Mário Aroso de. **Grandes linhas da Reforma do Contencioso Administrativo**. Coimbra, Almedina, junho de 2002, pp. 49 a 51.

⁴⁶² Cf. COUTURE, Eduardo. La garanzia costituzionale del “dovuto processo legale”, in **Rivista di Diritto Processuale**. Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1954, p. 82 e segs.

⁴⁶³ Cf. LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre, Safe, 1999, p. 34 e 35.

em *due process*, em *fair procedure*,⁴⁶⁴ em *debido processo*,⁴⁶⁵ em *fares Verfahren* e em *giusto processo*⁴⁶⁶ ou *dovuto processo*,⁴⁶⁷ por que não se pensar em um *due process* realmente verde? Levando-se em consideração a descomunal relevância de que se reveste o equilíbrio do ambiente⁴⁶⁸ no que diz respeito à sobrevivência de todos os seres que vivem em nosso Planeta ou que virão a futuramente habitá-lo,⁴⁶⁹ é assim tão absurdo pensar em um “*esverdeamento*”⁴⁷⁰ dessa garantia⁴⁷¹ que, essencial ao Estado de Direito,⁴⁷² carrega consigo verdadeiros “*direitos processuais fundamentais*”,⁴⁷³ sem os quais toda a Humanidade teria de “...resignar-se com a

⁴⁶⁴ A respeito: HADFIELD, Brigid. Judicial Review, in **Digest of Northern Ireland Law**. Belfast, [SLS Legal Publications \(NI\)](#), 1995, pp. 15 e 16.

⁴⁶⁵ Cf. LEIBAR, Iñaki Esparza. **El principio del proceso debido**. Barcelona, Bosch, 1995, p. 180 e 181.

⁴⁶⁶ Cf. DUARTE, Ronnie Preuss. **Op. cit.**, p. 12. As duas últimas expressões podem ser traduzidas como “justo processo” (Assim: DUARTE, Ronnie Preuss. **Op. cit.**, p. 43).

⁴⁶⁷ Cf. COUTURE, Eduardo. La garanzia costituzionale del “dovuto processo legale”, in **Rivista di Diritto Processuale**. Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1954, p. 82 e segs.

⁴⁶⁸ Seja numa ótica ecocêntrica ou antropocêntrica: MENDES, Paulo de Sousa. **Op. cit.**, p. 100. Ainda na doutrina portuguesa: DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. **Op. cit.**, p. 22. Na doutrina italiana: MARCHELLO, Francesco; PERRINI, Marinella e SERAFINI, Susy. **Op. cit.**, p. 11.

⁴⁶⁹ A respeito: CARVALHO, Edson Ferreira de. **Op. cit.**, p. 116; MATEO, Ramón Martin. **Tratado de Derecho Ambiental**. Volumen I. Madrid, Editorial Trivium S.A., 1991, primera edición, p. 85; RODRÍGUEZ, Andrés Betancor. **Op. cit.**, p. 572.

⁴⁷⁰ Para se fazer uso da bela expressão de Vasco Pereira da Silva (SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito...**, p. 233). Também faz uso da expressão para se manifestar a respeito da transversalidade do Direito do Ambiente: GOMES, Carla Amado. O ambiente como objecto e os objectos do Direito do Ambiente..., p. 28. Algo que também ocorre que essa noção de transversalidade vem a ser posteriormente substituída por uma ideia de interdisciplinaridade: GOMES, Carla Amado. Ambiente (Direito do)..., p. 89, nota de rodapé 38; COLAÇO, Maria Joana Féria. A tutela jurisdicional do ambiente, in **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**. Coimbra, Almedina, Instituto de Direito do Urbanismo e do Ambiente, LDA. (IDUAL), publicação semestral, números 27/28, janeiro/dezembro de 2007, publicação em abril de 2008, pp. 92 a 95.

⁴⁷¹ A propósito: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, p. 113; SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito...**, p. 81.

⁴⁷² Nesse sentido: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, p. 320; MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais: Introdução geral**. Apontamentos das aulas, Lisboa, 1999, p. 131. Seguindo idêntico raciocínio: ALVIM NETO, José Manuel de Arruda. **Op. cit.**, p. 211; CARPENA, Márcio Louzada. **Op. cit.**, p. 12; MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória...**, p. 78

⁴⁷³ DUARTE, Ronnie Preuss. **Op. cit.**, p. 94. No sentido de ser o acesso à Justiça um verdadeiro direito fundamental: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional...**, p. 387; DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. **Op. cit.**, p. 82; FONSECA, Guilherme Frederico Dias Pereira da. **Op. cit.**, p. 38; NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos Fundamentais...**, p. 298. José Joaquim Gomes Canotilho ressalta que “...a participação procedimental é, ela mesma, o exercício de um direito fundamental.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais...**, p.73).

*afronta*⁴⁷⁴ a seu direito a um ambiente ecologicamente equilibrado?⁴⁷⁵ Estar-se-á realmente perante algo inconcebível para um Estado de Direito que tenha a pretensão de transportar, “...em seus vasos normativos”,⁴⁷⁶ a seiva⁴⁷⁷ característica de um Estado de Direito Ambiental?

3. 2. Iniciando-se em meio a um *processo devido em direito*, passando-se por um *due process of law* e chegando-se a um *due process of Environment*

Basta se reportar à *Magna Charta*⁴⁷⁸ da *per legem terrae*,⁴⁷⁹ para que se perceba que o *due process of law* vem paulatinamente se libertando de preocupações que remontam ao *processo devido em direito*⁴⁸⁰ a que se referiu Eduardo III, em Carta lavrada no ano de 1354.⁴⁸¹ Desde um Império Romano absolutista⁴⁸² até a

⁴⁷⁴ DUARTE, Ronnie Preuss. *Op. cit.*, p. 87. Em mesmo sentido: ALVIM NETO, José Manuel de Arruda. *Op. cit.*, p. 211. De mesmo entendimento: CARPENA, Márcio Louzada. *Op. cit.*, p. 12; DUARTE, Ronnie Preuss. *Op. cit.*, p. 17. Em mesmo sentido, na doutrina italiana: CALAMANDREI, Pietro. Processo e Giustizia. in *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1950, p. 273; FERRAJOLI, Luigi. *Diritti Fondamentali*. Roma, Laterza, 2001, p. 12; MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. 3. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 78. Numa abordagem em sede de contencioso administrativo português: FREITAS, José Lebre de. *A acção declarativa comum: À luz do Código revisto*. Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 07 e 08.

⁴⁷⁵ Exemplos de aplicação de um *due process of law* proposto nesses moldes não faltam, porquanto são frequentes os problemas “...que cabe ao processualista resolver” (SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito...**, p. 49) no bojo de demandas judiciais voltadas à proteção do ambiente (Cf. SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito...**, p. 49).

⁴⁷⁶ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Juridicização da Ecologia ou Ecologização do Direito, in **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**. Coimbra, Almedina, Instituto de Direito do Urbanismo e do Ambiente, LDA. (IDUAL), publicação semestral, n. 4, dezembro/1995, p. 74. Utiliza-se aqui a expressão pela sua retórica, embora José Joaquim Gomes Canotilho a tenha empregado para se referir ao que compreende por *justiça ambiental*, numa nítida intenção de não dar espaço a discriminações por raça, situação econômica ou localização geográfica (Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Juridicização da Ecologia..., p. 74).

⁴⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Juridicização da Ecologia..., p. 74.

⁴⁷⁸ Cf. COUTURE, Eduardo. La garanzia costituzionale del “dovuto processo legale”, in **Rivista di Diritto Processuale**. Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1954, p. 82 e segs.

⁴⁷⁹ Mais especificamente a seu artigo 39, que estabelecia: “Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei ou exilado, ou de qualquer modo molestado e nós não procederemos ou mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares e de harmonia com a lei do país.” (Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria...**, p. 492).

⁴⁸⁰ Fazendo uso da expressão: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria...**, p. 493.

⁴⁸¹ A respeito do tema: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição...**, p. 492).

⁴⁸² Ver, por todos: JELLINEK, Georg. **Teoría General...**, p. 286 e segs.

passagem de um *Estado da Idade Média* para um *Estado moderno*,⁴⁸³ justificava-se que o *processo devido em direito* tivesse por intuito unicamente estabelecer a obrigatoriedade de se observar “...um tipo de processo legalmente previsto”⁴⁸⁴ no momento de se privar um indivíduo de sua vida, de sua liberdade ou de um bem que fosse de sua propriedade. À época, realmente se fazia imprescindível uma *process oriented theory* destinada a garantir que tais privações sempre ocorressem em conformidade com processos especificados em lei.⁴⁸⁵ Sem embargo desse *processo devido em direito*⁴⁸⁶ que realmente se fazia plenamente necessário em meio a esse direito comum medieval profundamente influenciado pelo direito romano-canônico,⁴⁸⁷ há de se reconhecer que o cenário atual em nada se assemelha

⁴⁸³ Ver, por todos: JELLINEK, Georg. **Teoría General...**, p. 306 e segs.

⁴⁸⁴ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria...**, p. 493.

⁴⁸⁵ A respeito do tema: DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985, p. 57; DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de “*A Matter of Principle*” por Luís Carlos Borges. São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 43 e segs.

⁴⁸⁶ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria...**, p. 493.

⁴⁸⁷ Cf. ZEUMER, Karl. **Historia de la legislación visigoda**. Barcelona, 1944. p. 64. Prova disso se tem com o abandono da primazia da execução sobre a cognição, característica própria do direito germânico (Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria Geral do Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 22; LIEBMAN, Enrico Tullio. **Embargos do executado (Oposições de mérito no processo de execução)**. Trad. de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1952. p. 39) que deu lugar ao princípio oriundo do direito romano e ainda hoje reverenciado, segundo o qual “*a cognição precede necessária e logicamente à execução*” (Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil, Processo de Execução e Cautelar**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1996. v. II, p. 282. Nesse mesmo sentido: FURNO, Carlo. **La suspensio del processo executivo**. Milão, 1956. n. 3, p. 7; LIEBMAN, Enrico Tullio. **Embargos do executado...**, p. 139 e 177). A tendência de preservação dos institutos romanos em detrimento dos germânicos também se mostra por inteiro na evolução da disciplina do ônus da prova. No direito germânico medieval, o ônus da prova de regra incumbia ao réu (Nesse sentido: Brunnes-Schwerin. **Historia del derecho germánico**. 8. ed. Barcelona, 1936. p. 25; VÉSCOV, Enrique. **Teoría General del Proceso**. Segunda edición. Colômbia/Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999. p. 26), ao contrário do que ocorria no direito romano, em que vigoravam os princípios traduzidos nas máximas: *actore non probante reus absolvitur* e *affirmanti non neganti incumbit probatio* (Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria Geral do Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 22). Na esteira do que se afirmou noutro estudo, pode-se ressaltar ser notável o compromisso do direito português “...com as instituições descendentes do direito romano pós-clássico. Realmente, por ter o reino lusitano se fundado em época na qual a Península Ibérica se sujeitava à regência do Código de Eurico, compilação profundamente inspirada no pensamento romano pós-clássico, não houve como o processo civil português escapar da insinuação desse último. Não bastasse isso, jamais se pode ignorar a circunstância de a formação do Reino de Portugal coincidir com o surgimento dos glosadores e, junto com esses, do movimento em prol do renascimento do direito romano, o qual se valeu das compilações do Imperador Justiniano e do direito constituído no período da *cognitio extra ordinem*.” (MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. **Teoria Geral...**, p. 59). não há como desconsiderar a ascendência do direito romano sobre o processo civil pátrio. Prestígio revelado em toda a sua extensão no Título XLIV do Livro I das Ordenações Manuelinas, onde se encontravam previstos determinados institutos que, inclusive, revelavam-se mais vinculados ao *ordo iudiciorum privatorum*, próprio do direito romano clássico, do que à *cognitio*

ao de então.

Sem prejuízo de ainda ter se revelado consideravelmente necessário no direito comum medieval,⁴⁸⁸ não há exagero em dizer que o emprego do *princípio da tipicidade*, como forma de controlar a escolha dos meios processuais pelo órgão jurisdicional, já devia ter sido deixado de lado no momento em que ficaram pra trás⁴⁸⁹ os sistemas processuais romanos das *legis actiones* e do *per formulas*,⁴⁹⁰ ambos revestidos de um excessivo formalismo⁴⁹¹ que submetia os litigantes ao “... *riesgo de perder su proceso por el más ligero error*”⁴⁹² no que se refere às

extra ordinem, surgida no período pós-clássico. Dentre tais institutos, podemos mencionar a possibilidade de a execução ser promovida sem que o direito do autor passasse, antes, por uma análise exaustiva por parte do juiz, à semelhança do que se dava com a *manus injectio* e com a *pignoris capio*, próprias do sistema das *legis actiones* (**Ordenações Manuelinas**, Livro I, Título XLIV). Outrossim, pode-se citar a proibição de o vencido interpor apelação (**Ordenações Manuelinas**, Livro I, Título XLIV), vedação oriunda do sistema das *legis actiones*, pois a *apelatio* só veio a surgir no período regido pelo processo *per formulas* (Cf. MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. **Teoria Geral...**, p. 58 e segs.).

⁴⁸⁸ Cf. MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. **Teoria Geral...**, p. 59; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria Geral do Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 22; ZEUMER, Karl. **Historia de la legislación visigoda**. Barcelona, 1944. p. 64.

⁴⁸⁹ No que diz respeito às fases dos arbitramentos facultativo e obrigatório: ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. I, p. 183-184; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 23; KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Trad. de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle e revisão de Maria Armanda de Saint-Maurice. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 434; VÉSCOVI, Enrique. **Teoría General del Proceso**. Colômbia/Santa Fé de Bogotá: Temis, Segunda edición. 1999, p. 22. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: Entre facticidade e validade**. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler – UFG. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II, p. 231; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso...**, p. 23; CONSOLO, Claudio. **Spiegazioni di diritto processuale civile – Tomo primo: Le tutele**. Quarta edizione riveduta. Bologna, 2000. p. 72; J.A. d’Ors. **Derecho Privado Romano**. Novena edición. España/Pamplona: Universidad de Navarra, 1997. p. 115 e ss.; KUNKEL, Wolfgang. **Historia del derecho romano**. Traducción de la cuarta edición alemana por Juan Miguel. España, Barcelona: Ariel, 1999. p. 95 e ss.; MAY, Gaston. **Éléments de Droit Roman**. Dix-huitième édition. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1935. p. 608 e ss.; PETIT, Eugene. **Tratado elemental de derecho romano**. Buenos Aires: Albatros, p. 824 e ss.; SCHULZ, Fritz. **Derecho romano clásico**. Traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch, 1960. p. 14 e ss.

⁴⁹⁰ Ambos integrantes do período do arbitramento obrigatório (Cf. ALVES, José Carlos Moreira. **Direito...**, p. 182).

⁴⁹¹ Nesse sentido: J.A. d’Ors. **Derecho...**, p. 115; KASER, Max. **Direito...**, p. 434; VÉSCOVI, Enrique. **Teoría General del Proceso**. Segunda edición. Colombia/ Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999. p. 23. SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas...**, p. 36-37. SCHULZ, Fritz. **Derecho...**, p. 14. KUNKEL, Wolfgang. **Historia...**, p. 95). A respeito dessa formalidade inflexível: SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas...**, p. 36-37; ALVES, José Carlos Moreira. **Direito...**, p. 193; PETIT, Eugene. **Tratado elemental...**, p. 824.

⁴⁹² PETIT, Eugene. **Tratado elemental...**, p. 835). Em outro trecho de sua obra, Eugene Petit asseverou que “(...) *el error más pequeño traía consigo la pérdida del proceso*”. (PETIT, Eugene. *Op. cit.* Buenos Aires: Albatros, p. 824). A propósito: SCHULZ, Fritz. **Derecho...**, p. 14.

solenidades a serem por eles reverenciadas⁴⁹³ e dominados por um excessivo⁴⁹⁴ rigor dos meios de execução⁴⁹⁵ passíveis de serem aplicados pelo *iudex*⁴⁹⁶ na sentença a ser proferida na fase *in iudicium*⁴⁹⁷ da *ordo iudiciorum privatorum*⁴⁹⁸ daquelas *legis actiones*.⁴⁹⁹ Sem dúvida, está-se a fazer menção a um então justificável formalismo⁵⁰⁰ que foi paulatina e compreensivelmente se mostrando cada vez menos necessário, até o momento em que finalmente cedeu diante de um “*Judicial Review of the Constitutionality of Legislation*”.⁵⁰¹ A partir daí, passou-se a se compreender estarem os Juízes autorizados a apreciar os *requisitos intrínsecos*

⁴⁹³ PETIT, Eugene. **Tratado elemental...**, p. 824. Atento a esse detalhe também se mostrou Max Kaser (KASER, Max. **Direito...**, p. 435-439). Tanto um como o outro vêem as duas últimas *legis actiones* por aquele mencionadas como vias de execução (Nesse sentido, respectivamente: PETIT, Eugene. **Tratado elemental...**, p. 824; KASER, Max. **Direito...**, p. 437-439).

⁴⁹⁴ Anote-se que, instaurada a *manus injectio*, se o responsável não fosse desobrigado da quantia por ele devida, podia ser morto pelo demandante ou ser por esse vendido como escravo. Nesse sentido: KASER, Max. **Direito...**, p. 438.

⁴⁹⁵ Verificando-se a contumácia, podia o magistrado ameaçar o *indefensus* por meio de coação sobre a sua pessoa, promover a execução forçada do patrimônio desse, embargar seus bens e conferir a posse dos mesmos ao autor (KASER, Max. **Direito...**, p. 443-445).

⁴⁹⁶ Além do “*iudex*”, que era o juiz único, Max Kaser e José Carlos Moreira Alves atentam para a existência dos “*recuperatores*”, dos “*centumviri*” e dos “*decemviri*” (KASER, Max. **Direito...**, p. 444; ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano...**, p. 190; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 23. Leia-se a respeito: MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. **Teoria Geral do Processo...**, pp. 43 a 56.

⁴⁹⁷ Ou “*apud iudicem*”. Nesse sentido: ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano...**, p. 184; J.A. d’Ors. **Derecho...**, p. 115; SCHULZ, Fritz. **Derecho...**, p. 13-14.

⁴⁹⁸ Cf. ALVES, José Carlos Moreira. **Direito...**, p. 184. Expressão que pode ser entendida como “*ordem dos processos civis*”

⁴⁹⁹ Jamais se pode ignorar a circunstância de a formação do Reino de Portugal coincidir com o surgimento dos glosadores e, junto com esses, do movimento em prol do renascimento do direito romano (Cf. VÉSCOVI, Enrique. **Teoría General del Proceso**. Segunda edición. Colômbia/Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999. p. 34), o qual se valeu das compilações do Imperador Justiniano e do direito constituído no período da *cognitio extra ordinem* (Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria Geral do Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 26). Sem medo de incorrer em equívoco, pode-se dizer que essa poderosa ascendência do direito romano cristão sobre o direito português se firmou, de forma definitiva, no direito das Ordenações, de que fazem parte as Ordenações Manuelinas, que traziam o processo civil vigente à época do descobrimento do Brasil.

⁵⁰⁰ Nesse sentido: J.A. d’Ors. **Derecho...**, p. 115; KASER, Max. **Direito...**, p. 434; VÉSCOVI, Enrique. **Teoría General del Proceso**. Segunda edición. Colombia/ Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999. p. 23. SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas...**, p. 36-37. SCHULZ, Fritz. **Derecho...**, p. 14. KUNKEL, Wolfgang. **Historia...**, p. 95). A respeito dessa formalidade inflexível: SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas...**, p. 36-37; ALVES, José Carlos Moreira. **Direito...**, p. 193; PETIT, Eugene. **Tratado elemental...**, p. 824.

⁵⁰¹ A respeito do tema: DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de “*A Matter of Principle*” por Luís Carlos Borges. São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 43 e segs.

da lei,⁵⁰² o que fez com que o *due process* evoluísse para uma “...protecção alargada de direitos fundamentais”.⁵⁰³ Com isso, permitiu-se um controle das “...dimensões materiais e processuais do processo no seu conjunto”,⁵⁰⁴ de modo a tornar possível, em sede de uma *garantia de protecção jurisdicional* de direitos fundamentais,⁵⁰⁵ uma “...formatação judicial constitucionalmente adequada de instrumentos processuais já existentes”.⁵⁰⁶

Tudo se resume a não perder de vista a instrumentalidade que sempre e necessariamente tem de servir de norte para as normas processuais,⁵⁰⁷ donde emerge um direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva,⁵⁰⁸ que permite ao órgão jurisdicional suprir, em sede de controle de inconstitucionalidade por omissão, a ausência do meio processual efetivo.⁵⁰⁹ Haja vista que os direitos fundamentais são “...máximas de interpretação de todo o direito processual em conformidade com à Constituição”,⁵¹⁰ nada mais justo do que compreender que, na seara de um direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva de um direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado, “...a omissão do legislador não justifica a omissão do juiz”.⁵¹¹ Em meio a um contencioso administrativo que se

⁵⁰² Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria...**, p. 495.

⁵⁰³ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria...**, p. 495. Em crítica quanto aos efeitos alcançados pelo *due process* no âmbito da Administração: MASHAW, Jerry L. **Due Process in the Administrative State**. New Haven and London, Yale University Press, 1985, pp. 35 e segs. Ainda sobre o tema: FOX, William F. **Understanding administrative law**. Matthew Bender & Co., 1992, 4 revised edition, June 2002, pp. 101 a 129.

⁵⁰⁴ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria...**, p. 495.

⁵⁰⁵ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria...**, p. 503.

⁵⁰⁶ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria...**, p. 503.

⁵⁰⁷ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Processo e ideologie**. Bologna, Società editrice il Mulino, 1969, p. 178; MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo...**a, p. 120.

⁵⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória...**, p. 79. Em mesmo sentido: CARPENA, Márcio Louzada. Da Garantia da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e o Processo Contemporâneo. In: PORTO, Sérgio Gilberto. **As garantias do cidadão no processo civil: relações entre Constituição e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. pág. 20; WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer – arts. 273 e 461 do CPC, in TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 20.

⁵⁰⁹ Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral...**, p. 120.

⁵¹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais...**, p. 83.

⁵¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral...**, p. 125.

apresenta aparentemente suficiente em termos de meios processuais verdes,⁵¹² emerge dessa própria exigência de efetividade a já mencionada autorização para que o órgão jurisdicional *preencha as lacunas* passíveis de serem encontradas na legislação processual no que se refere a *meios processuais verdes*.⁵¹³

Nada obstante, assim como se revela correto dizer que o órgão jurisdicional está autorizado a *esverdear*⁵¹⁴ instrumentos originários de outros ramos do Direito, adaptando-os às necessidades específicas do Direito Ambiental e criando “...a partir deles novos institutos”,⁵¹⁵ afigura-se igualmente verdadeiro deduzir que não se trata de uma permissão insindicável. Sem que se pretenda entrar no embate doutrinário a respeito da *teoria da única decisão correta*,⁵¹⁶ o certo é que jamais se poderá pensar numa discricionariedade ilimitada que permita a eleição de um meio processual, em virtude de se tê-lo como o mais adequado, sem que se justifiquem as razões que terminaram por nortear a sua escolha, pouco importando que a escolha tenha se dado com o escopo de conferir uma maior efetividade a um direito fundamental instrumentalmente voltado à defesa de outro direito fundamental que inegavelmente há de ser visto como um dos mais importantes para a sobrevivência da vida humana como um todo.⁵¹⁷ Nesse ponto, não resta dúvida de que uma maior liberdade necessariamente há de carregar consigo uma maior responsabilidade, consequentemente consubstanciada num

⁵¹² O vocábulo “*aparente*” se justifica pela imensa variedade de situações que eventualmente tenham de ser amparadas em sede de tutela jurisdicional ambiental (Nesse sentido: COLAÇO, Maria Joana Féria. A tutela jurisdicional do ambiente, in **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**. Coimbra, Almedina, Instituto de Direito do Urbanismo e do Ambiente, LDA. (IDUAL), publicação semestral, números 27/28, janeiro/dezembro de 2007, publicação em abril de 2008, p. 106).

⁵¹³ E mesmo porque, como bem acentua Jorge Reis Novais, “...a produção de efeitos irradiantes dos direitos fundamentais verificar-se-ia não apenas nos domínios da aplicação e interpretação do Direito existente, mas também no domínio do preenchimento de lacunas e na criação de Direito novo, seja da parte do poder judicial ou do legislador.” (NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais...**, p. 81)

⁵¹⁴ SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito...**, p. 233.

⁵¹⁵ Cf. GOMES, Carla Amado. Ambiente (Direito do)...., p. 89. Em mesmo sentido: DUARTE, Ronnie Preuss. **Op. cit.**, p. 60 a 63; SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito...**, p. 65; SUDRE, Frédéric. **Droit International et Européen des Droits de L'Homme**. Paris, PUF, 1999, p. 67 e segs.

⁵¹⁶ Uma teoria que compreende existir uma única decisão correta para cada caso concreto (DWORKIN, Ronald. **Uma questão de...**, pp. 175 e segs.).

⁵¹⁷ Cf. MEZZETTI, Luca. **Op. cit.**, p. 133; VICENTE RODRIGO, Ricardo de. Régimen de las infracciones y sanciones en materia medioambiental in REYES LÓPEZ, María José (Coord.). **Derecho Ambiental Español**. Coord. María José Reyes López. Valencia, Edita Tirant lo Blanch, 2001, pp. 89 e 90.

imprescindível dever de fundamentação por parte de quem dela venha a se valer. Com o uso cada vez mais frequente de *normas processuais abertas*,⁵¹⁸ que dão “...ao cidadão o poder de construir o modelo processual adequado e ao juiz o poder de utilizar a técnica processual idônea à tutela da situação concreta”,⁵¹⁹ correlata e consequentemente se vem reforçando a necessidade de o Juiz explicar fundamentadamente o porquê da escolha de um determinado meio processual em

⁵¹⁸ A que se ateuve: MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo...**, p. 120. Nos dias de hoje, verifica-se uma tendência de os ordenamentos jurídicos cada vez mais se servirem das *normas processuais abertas*, frequentemente referidas como as normas jurídicas que melhor concretizam o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva em sede de providências de urgência (Nesse sentido: HENRIQUES, Sofia. **A tutela cautelar não especificada...**, pp. 48 e 49; GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. Da exclusividade de uma medida cautelar típica à atipicidade das medidas cautelares ou a necessidade de uma nova compreensão do Direito e do Estado, *in* Cadernos de Justiça Administrativa. N. 16, Julho/Agosto de 1999, p. 79). *Normas processuais abertas* passíveis de serem encontradas no § 5º do artigo 461 do Código de Processo Civil brasileiro, no número 3 do artigo 120 do Código de Processo dos Tribunais Administrativos de Portugal (Na esteira de pesquisa efetuada por Sofia Henriques, chega-se a um exemplo jurisprudencial de aplicação de tal cláusula aberta: TAF de Lisboa, 2º Juízo, 19 de julho de 2004, Processo n.º 539/04.9, *in* HENRIQUES, Sofia. **A tutela cautelar não especificada...**, p. 71) e no artigo 112 desse mesmo diploma (Cf. AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Mário Aroso de. **Grandes linhas da Reforma do Contencioso Administrativo**. Coimbra, Almedina, junho de 2002, pp. 58 e 59; COLAÇO, Maria Joana Féria. A tutela jurisdicional do ambiente, *in* **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**. Coimbra, Almedina, Instituto de Direito do Urbanismo e do Ambiente, LDA. (IDUAL), publicação semestral, números 27/28, janeiro/dezembro de 2007, publicação em abril de 2008, p. 140). Em terras espanholas, há de se atentar para o artigo 129 da “*Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*” (Lei espanhola n.º 29, de 13 de Julho de 1998), que consagra uma cláusula aberta que possibilita que se requeira, a todo momento, qualquer providência urgente que se mostre necessária para assegurar a efetividade da tutela jurisdicional (Cf. HENRIQUES, Sofia. **A tutela cautelar não especificada...**, p. 39). Nessa seara, em certa medida também merece relevo o “*référé-injonction*” que passou a fazer parte do contencioso administrativo francês recentemente (Mais precisamente em decorrência da Reforma do Contencioso Administrativo de 2000. Ver, por todos: RACINE, Pierre-François. Les Grands Principes Spécifiques au Procès Administratif, *in* CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry. **Droits Fondamentaux**. Paris, Dalloz, 2002, 8ª ed., p. 625), destinando-se a permitir que o Juiz urgentemente determine quaisquer providências necessárias para a salvaguarda de direitos dos indivíduos, desde que solicitadas por esses e contanto que preenchidos os requisitos característicos das medidas de urgência (São eles: urgência e possibilidade de ofensa grave ao direito. A propósito das “*trois procédures de référé*”: RACINE, Pierre-François. Les Grands Principes Spécifiques au Procès..., p. 625; GUILLOT, Philippe Ch.-A. **Droit de l'environnement**. Paris, Ellipses, Collection Universités Droit, 1998, p. 182. Ressaltando a necessidade desses dois últimos requisitos: HENRIQUES, Sofia. **A tutela cautelar não especificada...**, p. 38. Destacando o fato de o “*fumus boni iuris*” não ter sido consagrado pelo legislador espanhol (Lei espanhola n.º 29, promulgada em 13 de Julho de 1998): HENRIQUES, Sofia. **A tutela cautelar não especificada...**, p. 40), à semelhança das exigências em torno da “*anordnungsanspruch*”, passível de ser definida como “*existência de uma pretensão jurídica subjectiva*” (Cf. HENRIQUES, Sofia. **A tutela cautelar não especificada...**, p. 33), e da “*anordnungsgrund*”, passível de ser definida como “*existência de uma necessidade de protecção cautelar urgente*” (Cf. HENRIQUES, Sofia. **A tutela cautelar não especificada...**, p. 33), previstas no § 123º da “*Verwaltungsgerichtsordnung*” (Trata-se da Lei dos Tribunais Administrativos alemã – VwGO) E em alguma medida ainda se pode fazer menção ao § 40º da “*Verwaltungsgerichtsordnung*”,

detrimento de outro.⁵²⁰ Um reforço que se justifica pela necessidade de se fiscalizar a reverência ao princípio da proporcionalidade,⁵²¹ que se manifesta na necessidade de o Juiz ter de eleger o meio processual adequado à tutela do direito do autor com os olhos igualmente voltados à menor restrição possível à esfera jurídica do réu.⁵²² E nem poderia ser diferente, dada a necessidade de se reverenciarem os limites às restrições de direitos fundamentais.⁵²³

3. 3. Um duro teste para o *due process of Environment*: Uma perspectiva de poder-dever a servir de norte para a adequada interpretação do princípio dispositivo

Nada obstante a *proporcionalidade*⁵²⁴ que sempre há de lhe servir de norte e sem prejuízo da possibilidade de se *esverdearem*⁵²⁵ instrumentos originários de outros ramos do Direito com o escopo de adaptá-los às necessidades específicas do Direito Ambiental,⁵²⁶ vê-se o órgão jurisdicional então diante do dever de *identificar*⁵²⁷ o meio processual apto a tutelar o Direito substantivo ao Ambiente e de aplicá-lo *preventiva*⁵²⁸ e imediatamente a esse. Dada a imprescindível instrumentalidade que há de nortear a tutela jurisdicional ambiental e tendo-se em

que prevê a existência de uma “*cláusula aberta*” (Cf. SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso Administrativo no divã...**, p. 93) de meios processuais atípicos contra qualquer ação ou omissão Administrativa.

⁵¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo...**, p. 120.

⁵²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral...**, pp. 121 a 124.

⁵²¹ Nos estritos termos que se encontram consubstanciados no artigo 18 da Constituição da República Portuguesa. Luiz Guilherme Marinoni também se reporta a essa necessidade de observar o direito de defesa (Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral...**, p. 122).

⁵²² MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral...**, p. 123.

⁵²³ Limites que se encontram previstos no artigo 18 da Constituição da República Portuguesa (Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais...**, p. 227) e no artigo 19 da Lei Fundamental de Bonn que o inspirou.

⁵²⁴ Considerando que o *balanceamento* e a *ponderação* são inerentes ao princípio da proporcionalidade: CAMPOS JÚNIOR, Raimundo Alves de. **Op. cit.**, p. 69. Ressaltando a necessidade de reverenciar o princípio da proporcionalidade no âmbito da restrição de um direito fundamental: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição...**, p. 122.

⁵²⁵ SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito...**, p. 233.

⁵²⁶ Cf. GOMES, Carla Amado. Ambiente (Direito do)...., p. 89. Em mesmo sentido: DUARTE, Ronnie Preuss. **Op. cit.**, p. 60 a 63; SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito...**, p. 65; SUDRE, Frédéric. **Droit International et Européen des Droits de L’Homme**. Paris, PUF, 1999, p. 67 e segs.

⁵²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral...**, p. 123. (grifou-se)

⁵²⁸ Numa perspectiva de prevenir danos ao ambiente, conforme: GOMES, Carla Amado. Ambiente (Direito do)...., p. 98.

mente que há de ser levada adiante por um órgão⁵²⁹ que “...goza de *todos os poderes necessários e adequados à protecção dos direitos dos particulares, independentemente dos meios processuais que estiverem em causa*”,⁵³⁰ passa-se a se ter de interpretar com a mente ainda mais aberta a afirmação de que “...*agora passam a ser os diferentes meios processuais que “giram” à volta do princípio da tutela plena, e não o contrário*”.⁵³¹ Uma afirmação que se reveste de especial relevância principalmente no momento em que o intérprete se coloca diante de circunstância na qual o *meio processual verde* não haja sido pleiteado por quem tenha exercido a pretensão à tutela jurisdicional ambiental, podendo-se dizer o mesmo a respeito de hipótese na qual haja sido requerido um *meio processual* cujo deferimento não se revele apto a tutelar efetivamente o ambiente. A despeito da crescente tendência a mitigá-lo em prol de um conseqüente alargamento de um *verde* princípio inquisitorial,⁵³² de forma alguma se pretende ignorar o *princípio*

⁵²⁹ Nos termos do número 4 do artigo 268 da Constituição da República Portuguesa e do artigo 2º do *Código de Processo dos Tribunais Administrativos* de Portugal, bem como do inciso XXXV do artigo 5º da Carta Magna brasileira.

⁵³⁰ SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã...**, p. 211. Destaque-se que a ressalva de Vasco Pereira da Silva aborda o contencioso administrativo como um todo, e não apenas o ambiental.

⁵³¹ SILVA, Vasco Pereira da. A acção para o Reconhecimento de Direitos, in **Cadernos de Justiça Administrativa**. N. 16, julho/agosto de 1999, p. 43. Também em: SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã...**, p. 212. Afirmação a ser lida no sentido de que “*agora, de acordo com o artigo 268, n. 4, a lógica de todo o Contencioso Administrativo, segundo o modelo constitucional, gravita em torno da tutela judicial plena e efectiva dos direitos dos particulares, sendo em razão desse princípio que devem ser organizados os diferentes meios processuais, principais e acessórios*” (SILVA, Vasco Pereira da. A acção para o Reconhecimento de Direitos, in **Cadernos de Justiça Administrativa**. N. 16, julho/agosto de 1999, p. 43. Também em: SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã...**, p. 212; SILVA, Vasco Pereira da. A acção para o Reconhecimento de Direitos, in SILVA, Vasco Pereira da. **Ventos de Mudança no Contencioso Administrativo**. Coimbra, Almedina, 2000, pp. 52 e 53).

⁵³² Nos dizeres de Vera Lucia R. S. Jucovsky: “...deve se levar em conta que quanto maior a desigualdade das partes no processo, mais acentuado devem ser os poderes do Juiz, de tal modo que ao ser diminuída a força do princípio dispositivo, dilargada se vislumbra a do princípio inquisitorial. Os poderes, atualmente, ampliados do Juiz respondem à necessidade imperiosa de se assegurar maior equilíbrio às partes nas ações ambientais, a par de atender aos anseios da sociedade na tutela dos valores fundamentais das pessoas.” (Cf. JUCOVSKY, Vera Lucia R. S. O papel do Juiz na defesa do meio ambiente, in **Lusíada – Revista de Ciência e Cultura**. Universidade Lusíada – Porto, Coimbra Editora, Série de Direito, números 1 e 2, 1999, p. 495). Ainda a respeito: SANTAMARÍA PASTOR, Juan Afonso. **Principios de Derecho Administrativo**. Volumen II. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., octubre 2002, tercera edición, p. 81 e segs. No que diz respeito ao princípio inquisitivo frente ao contencioso administrativo em geral: PAREJO ALFONSO, Luciano. **Derecho Administrativo**. España, Barcelona, Editorial Ariel, S. A., 2003, 1ª edición, p. 713 e segs. Efetuando uma esclarecedora análise de Direito Comparado no que diz respeito ao princípio inquisitório: FERRI, Corrado. **Struttura del processo e modificazione della domanda**. Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1975, p. 20 e segs.

dispositivo e a interpretação que se lhe dá tradicionalmente no sentido de o órgão jurisdicional só poder se pronunciar a respeito do “...che sia stato chiesto dall'attore con la domanda”,⁵³³ uma vez que “...no puede modificar el objeto”⁵³⁴ então delimitado pelas partes.⁵³⁵ E mesmo porque também na esfera da *justiça administrativa* se tem frequentemente acentuado que o órgão jurisdicional, por reverência ao *princípio da congruência*,⁵³⁶ “...no es un Juez inquisidor con poderes sobre el petitum”.⁵³⁷

Realmente, tem-se de reconhecer que, “...presentada la demanda, quedan fijados los márgenes del debate procesal de acuerdo con la pretensión formulada”.⁵³⁸ Em virtude de se compreender o pedido imediato como o “...provvedimento che si chiede al giudice”⁵³⁹ e o pedido mediato como o “...«bene della vita» che l'attore chiede gli sia attribuito”,⁵⁴⁰ claramente se está perante um primeiro momento em que se há de interpretar o princípio dispositivo com os olhos voltados à inércia que se há de exigir do órgão jurisdicional,⁵⁴¹ de modo a impedi-lo de se afastar do

⁵³³ Cf. MENCHINI, Sergio. **I limiti oggettivi del giudicato civile**. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1987, p. 10. Tradução livre do autor: “...que tenha sido requerida pelo autor com a demanda”. Em mesmo sentido: SENDRA, Vicente Gimeno; CATENA, Víctor Moreno; SÁNCHEZ, Pascual Sala. **Derecho procesal administrativo**. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2001, p. 93 e segs.

⁵³⁴ Cf. SENDRA, Vicente Gimeno; CATENA, Víctor Moreno; SÁNCHEZ, Pascual Sala. **Op. cit.**, p. 137.

⁵³⁵ Cf. SENDRA, Vicente Gimeno; CATENA, Víctor Moreno; SÁNCHEZ, Pascual Sala. **Op. cit.**, p. 137.

⁵³⁶ Cf. SAN MARTIN, Jose Guerra. **Lecciones de Derecho Procesal Civil**. Bilbao, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Serie Manuales Universitarios 4, 1978, p. 259; SENDRA, Vicente Gimeno; CATENA, Víctor Moreno; SÁNCHEZ, Pascual Sala. **Op. cit.**, p. 137.

⁵³⁷ Cf. MORENO, Faustino Cordon. **El proceso contencioso-administrativo**. Elcano (Navarra), Editorial Aranzadi S.A., 2001, segunda edición, revisada y puesta al día, p. 38.

⁵³⁸ Cf. SENDRA, Vicente Gimeno; CATENA, Víctor Moreno; SÁNCHEZ, Pascual Sala. **Derecho procesal administrativo**. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2001, p. 95.

⁵³⁹ Cf. FERRI, Corrado. **Struttura del processo e modificazione della domanda**. Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1975, p. 88. Ver, por todos: CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de Derecho Procesal Civil**, v. I. Traducción de la segunda edición italiana y estudio preliminar por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1973; CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. I. Tradução da 2ª edição italiana por J. Guimarães Menegale, acompanhada de notas pelo Prof. Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Livraria Saraiva, 1942.

⁵⁴⁰ *Idem*.

⁵⁴¹ Quanto à circunstância de o processo só se iniciar por iniciativa da parte interessada: CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de Derecho Procesal Civil**. Tomo I. Traducción española de la tercera edición italiana y prologo del Professor Jose Casais y Santaló. Notas de Alfredo Salvador. Madrid, Instituto Editorial Reus, S.A., 1977, p. 96 (Nota do autor do presente estudo: Nessa edição espanhola, constava o nome de “Jose Chiovenda” como autor); COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos**

pedido mediato formulado por quem tenha exercido a pretensão à tutela jurisdicional ambiental. Em meio à *ponderação* e ao *balanceamento*⁵⁴² entre o *Direito substantivo ao Ambiente* e algum outro direito fundamental ou bem jurídico constitucional de que o réu se diga titular,⁵⁴³ encontra-se o órgão jurisdicional impedido de se afastar desse substantivo *bem da vida* pretendido por quem tenha exercido a tutela jurisdicional ambiental.⁵⁴⁴ Logo, a inércia que compreensivelmente se há de exigir do órgão jurisdicional, como forma de mantê-lo imparcial, restringe-se ao âmbito do pedido mediato, fazendo com que não lhe seja lícito se afastar do *bem da vida ecológico* pleiteado por quem haja exercido a tutela jurisdicional ambiental, nos estritos limites do brocardo *nemo iudex sine actore*. Como consequência disso, não se mostra lícito ao órgão jurisdicional estender os limites da demanda a ponto de fazer com que o *bem da vida ecológico* pleiteado pelo demandante abranja *bem ou recurso natural* diverso do mencionado no pedido mediato constante da petição inicial.

Sem embargo da verdade contida nessa dedução, igualmente se afigura verdadeiro inferir que, em prevalecendo o Direito substantivo ao Ambiente que há de servir de amparo para o bem da vida ecológico a que se refere o pedido mediato, instrumentalmente se tenha de lhe aplicar o *Direito processual ao Ambiente*. A partir daí, com o foco então centrado no poder-dever de prestar a jurisdição de

del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1958, tercera edición (póstuma), p. 187; SAN MARTIN, Jose Guerra. **Lecciones de Derecho Procesal Civil.** Bilbao, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Serie Manuales Universitarios 4, 1978, p. 259.

⁵⁴² A respeito do tema: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria...**, p. 1.148. ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation, in [International Journal of Constitutional Law](#). Volume 3, [Oxford University Press](#), Number 4, October 2005, pp. 572-581(10), pp. 572-577; MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo.** São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, 3ª edição, revista e atualizada, p. 99, nota de rodapé n.º 12.

⁵⁴³ A respeito: FONSECA, Isabel Celeste M. **Introdução ao Estudo Sistemático da Tutela Cautelar no Processo Administrativo.** Coimbra, Almedina, 2002, p. 168 e segs.

⁵⁴⁴ A respeito desse "*oggetto dell'interesse*": CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di Diritto Processuale Civile. I.** Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1936, XIV, p. 345 e segs. Também: FERRANDIZ, L. Prieto.Castro. **Derecho Procesal Civil.** Volumen Primero. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1968, nueva edición, corregida y actualizada, p. 11; TRAVI, Aldo. **Lezioni di Giustizia Amministrativa.** Torino, G. Giappichelli Editore, 2002, quinta edizione, p. 68 e segs. Em sentido diverso do perfilhado por Francesco Carnelutti e do adotado pelo presente estudo, por compreender que objeto do processo não é constituído pelo bem da vida nem pela relação jurídica material deduzida em Juízo, mas sim pela pretensão processual: GUASP, Jaime. **Derecho Procesal Civil.** Tomo primero. Madrid, Institutos de Estudios Políticos, 1977, 3ª edición, 2ª reimpresión, pp. 212 e 216.

forma efetiva, encontra-se o órgão jurisdicional autorizado a deferir pedido imediato diverso do que tenha sido formulado, ou mesmo a conceder providência que sequer haja sido pleiteada, cumulativa ou alternativamente, sempre que isso se revele necessário para a tutela efetiva do Direito substantivo ao Ambiente e para a concessão do bem da vida ecológico a que se refira o pedido mediato reconhecido procedente pelo magistrado. Nesse segundo momento se há de encarar a situação numa ótica de poder-dever, não sendo lícito ao órgão jurisdicional deixar de dar a devida tutela ao Direito substantivo ao Ambiente, considerado prevalecente em sede de ponderação e de balanceamento, tão-somente pelo fato de se ter encaminhado à sua apreciação um pedido imediato inapto a, efetiva e materialmente, proteger o *bem da vida ecológico* a que se refira o pedido mediato formulado por quem haja exercido a tutela jurisdicional ambiental. Um nítido exemplo do que se está a fazer menção pode ser encontrado em circunstância na qual se termine por pleitear tão-somente a reparação de determinado dano ao ambiente, deixando-se de requerer a concessão de tutela inibitória geral⁵⁴⁵ destinada a impedir o agravamento da degradação ambiental.⁵⁴⁶

Na verdade, trata-se de entendimento que se amolda perfeitamente à concepção de Tito Carnacini⁵⁴⁷ acerca da distinção que há de existir entre os *princípios que se*

⁵⁴⁵ Reconhecendo a existência de uma *azione generale* em sede de tutela inibitória, não mais existindo apenas *azioni inibitorie tipiche*: A respeito da tutela inibitória na seara ambiental, ver, por todos: GIOVANNI, Francesco di. **Strumenti privatistici e tutela dell'“ambiente”**. Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1982, p. 121 e segs., p. 124.

⁵⁴⁶ Algo que há de se dar em consonância com o número 3 do artigo 40 da Lei de Bases Portuguesa, que faz menção à possibilidade de se solicitar ao órgão jurisdicional a cessação de atentados contra o ambiente (Cf. CONDESSO, Fernando dos Reis. **Direito do Ambiente**. Prefácio de António de Almeida Santos. Coimbra, Almedina, 2001, p. 632), isso sem falar nos embargos mencionados em seu artigo 42 (Ver, por todos: SILVA, Vasco Pereira da. **Da protecção Jurídica Ambiental: os denominados embargos administrativos em matéria de ambiente**. Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1997, p. 5 e segs.; COLAÇO, Maria Joana Féria. A tutela jurisdicional do ambiente, *in* **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**. Coimbra, Almedina, Instituto de Direito do Urbanismo e do Ambiente, LDA. (IDUAL), publicação semestral, números 27/28, janeiro/dezembro de 2007, publicação em abril de 2008, p. 97 e segs.). A respeito da tutela inibitória na seara ambiental, ver, por todos: GIOVANNI, Francesco di. **Strumenti privatistici e tutela dell'“ambiente”**. Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1982, p. 121 e segs.

⁵⁴⁷ Acerca da leitura que é feita do princípio dispositivo por Tito Carnacini, leia-se: CAVALLONE, Bruno. **Il giudice e la Prova nel Processo Civile**. Pádua, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1991, p. 12 e segs.

*referem à tutela jurisdiccional dos direitos e os princípios que se referem exclusivamente à técnica do processo em si.*⁵⁴⁸ Os primeiros têm de conectar-se ao *direito subjetivo* e ser expressão desse, motivo por que hão de dar ensejo à incidência do brocardo *nemo iudex sine actore*.⁵⁴⁹ Já os segundos em nada dizem respeito ao *direito subjetivo*, motivo por que hão de se relacionar intimamente com as regras que instrumentalmente se prestam a fazer com que o processo efetivamente alcance sua finalidade.⁵⁵⁰ Também merece destaque o entendimento de Mauro Cappelletti, que parte da correta premissa de que a natureza privada da relação jurídica material em nada afasta o caráter público da relação jurídica processual.⁵⁵¹ A relação jurídica material se encontra submetida ao princípio dispositivo em sentido substancial, revestindo-se de uma disponibilidade que decorre de sua natureza privada⁵⁵² e a sujeita à máxima *nemo iudex sine actore*.⁵⁵³ Já a relação jurídica processual é de interesse público,⁵⁵⁴ motivo por que há de se submeter ao princípio dispositivo em sentido processual,⁵⁵⁵ a partir do que se pode chegar a deduções semelhantes às alcançadas por Tito Carnacini.⁵⁵⁶ Sem embargo de Tito Carnacini e Mauro Cappelletti terem se centrado em direitos subjetivos de natureza privada,⁵⁵⁷ perfeitamente se pode estender seus entendimentos ao *due process of Enviroment* a que se está a fazer menção. Ainda mais se pensarmos que os poderes do órgão jurisdiccional “...saranno usualmente tanto piú penetranti,

⁵⁴⁸ Cf. CARNACINI, Tito. Tutela Jurisdiccional y Técnica del Proceso, in **Revista de la Facultad de Derecho de México**. Tomo III, n. 12, 1953, pp. 97 a 182.

⁵⁴⁹ Cf. CARNACINI, Tito. *Op. cit.*

⁵⁵⁰ Cf. CARNACINI, Tito. *Op. cit.*

⁵⁵¹ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile**. I. Milano, 1962, sección segunda, capítulo quinto.

⁵⁵² Algo que remonta ao Direito Romano e à máxima *ius utendi, fruendi et abutendi*, passível de ser definida no sentido de que o titular de um direito pode dele dispor em Juízo ou fora desse.

⁵⁵³ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.*

⁵⁵⁴ Nesse sentido: RODRIGUEZ U., Jose. **Autoridad del Juez y principio dispositivo**. Prologo del Professor D. Niceto Alcala-Zamora y Castillo, Valencia - Venezuela, Universidad de Carabobo, Instituto de Derecho Privado y Comparado, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Stvdia 1, 1968, p. 97.

⁵⁵⁵ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.*

⁵⁵⁶ Cf. CARNACINI, Tito. *Op. cit.* A respeito de ambas as teorias, ver, por todos: RODRIGUEZ U., Jose. *Op. cit.*, p. 17 e segs.

⁵⁵⁷ Cf. CARNACINI, Tito. *Op. cit.*; CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.*

*quanto più accentuata sia la natura pubblicistica del diritto sostanziale dedotto in giudizio.*⁵⁵⁸

Como se não bastasse o *interesse social* a se fazer presente, não se pode perder de vista que o processo, notadamente um serviço público, tem de servir não só às partes como também ao Estado a quem compete colocá-lo à disposição dessas, numa perspectiva de *pacificação social* de que jamais há de se desvincular totalmente⁵⁵⁹ em sua busca por *Justiça*.⁵⁶⁰ Por sinal, emerge daí a justificativa para que não seja “...confiado exclusivamente a los particulares interesados”.⁵⁶¹

⁵⁵⁸ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Processo e ideologie**. Bologna, Società editrice il Mulino, 1969, p. 180. E, ao se falar em *diritto sostanziale dedotto in giudizio*, percebe-se a desnecessidade de se recorrer a uma concepção objetivista do recurso do contencioso administrativo (A respeito do tema, ver, por todos: SILVA, Vasco Pereira da. **Para um contencioso administrativo dos particulares**. Coimbra, Almedina, 1989, p. 182 e segs.), para que se possa perfilar o entendimento de Mauro Cappelletti.

⁵⁵⁹ A respeito do antagonismo entre uma teoria sociológica, que abarque essa pacificação social, e uma teoria jurídica que se restrinja a uma visão legalista mais focada na “função de ‘dizer o direito’”: MENDES, João de Castro. **Direito Processual Civil**. Volumes I e II. Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, Edição da Associação Académica da Faculdade de Direito, Apontamentos das lições dadas ao 4º ano jurídico de 1966-1967, 1966, pp. 30 e 31. Na concepção de pacificação de conflitos defendida por Francesco Carnelutti, a jurisdição pressupõe a existência de uma lide, entendida essa como um conflito de interesses, qualificado pela pretensão de alguém e pela resistência de outrem. Sem lide, não há atividade jurisdicional (Cf. CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di Diritto Processuale Civile**. Pádua, 1936. n. 14, v. I, p. 40). Perfilhando o entendimento de Francesco Carnelutti: Entre outros adeptos da teoria de Francesco Carnelutti, podemos mencionar: ASSIS, Araken de. **Manual do Processo de Execução**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 67-73; LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 8, t. 1, p. 20. Há, ainda, quem prefere conciliar a doutrina de Giuseppe Chiovenda com a de Francesco Carnelutti. Assim o fazem: GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1, p. 167-168; MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, p. 261; SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 1, p. 67; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. 1, p. 37; TUCCI, Rogério Lauria. **Da ação e do processo civil na teoria e na prática**. 2. ed. Forense, 1985. p. 4; VESCOVI, Enrique. **Teoría General del Proceso**. Segunda edición. Colômbia/Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999. p. 99-101. A despeito de reconhecermos a destreza de Francesco Carnelutti em ver que a jurisdição serve para a resolução dos conflitos intersubjetivos porventura surgidos no meio social, compreendemos que a sua teoria peca por abranger tão-somente os processos contenciosos, em que se constata a presença de lide, representada pelo conflito de interesses, qualificado pela pretensão de alguém e pela resistência de outrem (MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. **Teoria Geral...**, p. 92).

⁵⁶⁰ Afinal, o fato de se tratar de serviço público que há de ser colocado à disposição das partes não lhe retira a necessidade de sempre se prestar a fazer justiça, de modo que não há sentido em dizer que a sua catalogação como serviço público deixa “...aparte la consideración de que el servicio público de hacer justicia constituye el contenido de una función esencial del Estado.” (Cf. MICHELI, Gian Antonio. **Curso de Derecho Procesal Civil**. Volumen I. Traducción de Santiago Sentís Melendo, traducción del primer volumen de la obra “*Corso di Diritto Processuale Civile*”, publicada por Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1959, Impreso en Argentina, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1970, p. 18).

⁵⁶¹ Cf. RODRIGUEZ U., Jose. **Op. cit.**, p. 97.

Precisamente por se estar perante esse *interesse social* que é inerente ao *Environment* que se pretende associar ao *due process*, não se pode impedir o órgão jurisdicional de, com fulcro no princípio da fungibilidade e na esteira da ideia de *complementaridade* que há de norteá-lo,⁵⁶² conceder à parte pedido imediato diverso do que tenha sido por ela solicitado,⁵⁶³ alternativa ou cumulativamente à pretensão formulada. Em nome de uma tutela jurisdicional que se revele realmente efetiva, faculta-se-lhe assim exercer a jurisdição sob o manto de uma aceção mais ampla do princípio da legalidade, que há de permitir compreendê-lo numa ótica de juridicidade que, em um Estado de Direito material, sempre deve “...*imperar face a valores como o da estabilidade e segurança jurídica.*”⁵⁶⁴

Como se vê, a questão passa a girar em torno de uma noção de instrumentalização que jamais há de ser ignorada pelo órgão jurisdicional, a exemplo do que se vem pretendendo com o *princípio de simplificação da estrutura dos meios processuais* em sede de contencioso administrativo lusitano.⁵⁶⁵ Com isso se quer dizer que o pedido imediato há de instrumentalmente se guiar pela satisfação do pedido mediato, sempre que esse venha a ser acolhido pelo órgão jurisdicional em sede de

⁵⁶² E mesmo por que já veio a ser bem ressaltado por Vasco Pereira da Silva que os meios processuais não de ser encarados não com base numa ideia de supletividade, subsidiariedade ou alternatividade, mas sim de complementaridade (Cf. SILVA, Vasco Pereira da. A acção para o Reconhecimento de Direitos, in SILVA, Vasco Pereira da. **Ventos de Mudança no Contencioso Administrativo**. Coimbra, Almedina, 2000, pp. 51 e 52. Em mesmo sentido: DAVID, Sofia. **Das intimações: Considerações sobre uma (nova) tutela de urgência no Código de Processo nos Tribunais Administrativos**. Coimbra, Almedina, 2005, pp. 162 a 164).

⁵⁶³ Indo além, Eduardo J. Couture assim se manifesta acerca do processo predominantemente dispositivo que é perflhado pelo ordenamento jurídico do Uruguai: “*Este principio se apoya sobre la suposición, absolutamente natural, de que en aquellos asuntos en los cuales sólo se dilucida un interés privado, los órganos del poder público no deben ir más allá de lo que desean los propios particulares. Distinta es la suposición en aquellos casos en que se halla comprometido un interés social, frente al cual no es lícito a las partes interesadas contener la actividad de los órganos del poder público.*” (COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1958, tercera edición (póstuma), p. 186).

⁵⁶⁴ Cf. DAVID, Sofia. **Das intimações: Considerações sobre uma (nova) tutela de urgência no Código de Processo nos Tribunais Administrativos**. Coimbra, Almedina, 2005, p. 164.

⁵⁶⁵ Um princípio intimamente relacionado à ideia, igualmente consagrada no contencioso administrativo, de que a cada direito há de corresponder uma ação que o defenda (Cf. AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Mário Aroso de. **Grandes linhas da Reforma do Contencioso Administrativo**. Coimbra, Almedina, junho de 2002, pp. 80 e 81). A respeito da inserção dessa máxima do processo civil no contencioso administrativo, levada adiante por meio do artigo 2º do Código de Processo dos Tribunais Administrativos: DAVID, Sofia. **Das intimações: Considerações sobre uma (nova) tutela de urgência no Código de Processo nos Tribunais Administrativos**. Coimbra, Almedina, 2005, p. 162.

balanceamento e ponderação efetuados entre o Direito substantivo ao Ambiente e qualquer outro direito fundamental ou bem jurídico de que o réu eventualmente se diga titular. Por consequência disso é que se tem de deduzir que o pedido imediato, instrumentalmente voltado à satisfação do pedido mediato, jamais há de ter sua abrangência limitada pelo princípio dispositivo de modo a inviabilizar a tutela do *bem da vida ecológico* considerado prevaletente pelo órgão jurisdicional em sede de ponderação e balanceamento.⁵⁶⁶ Assim como se há de admitir que, em regra,⁵⁶⁷ o juiz só pode se manifestar acerca do *thema decidendum*⁵⁶⁸ no momento em que se depara com o exercício da *actio*,⁵⁶⁹ tem-se de igualmente reconhecer que “...una vez que ésta ha sido ejercida, la Jurisdicción es la única gobernante del tránsito procesal.”⁵⁷⁰ Sem prejuízo de ainda se poder falar em economia processual, tem-se que a irreversibilidade⁵⁷¹ que indubitavelmente gravita em torno dos danos ao

⁵⁶⁶ Extremamente esclarecedoras são as palavras de Mauro Cappelletti a respeito do tema: “Certamente il primo e più importante principio è quello che discende dalla natura stessa del diritto sostanziale di cui, mediante il processo, si chiede la protezione. Si parla, a questo proposito, dalla dottrina europea di un «principio dispositivo» (Dispositionsprinzip o Dispositionsmaxime): il principio o la massima della disposizione di parte. Ma per comprendere questo fondamentale principio è necessario un certo discorso. Bisogna infatti tener presente che il processo, lungi dall’essere fine a se stesso, altro non è che uno strumento: esso è lo strumento escogitato al fine di comporre le liti garantendo la effettività – la osservanza, e la reintegrazione per il caso di inosservanza – del diritto sostanziale.” (Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Processo e ideologie**. Bologna, Società editrice il Mulino, 1969, p. 178).

⁵⁶⁷ A respeito de possíveis exceções a esse princípio, no âmbito do Direito Processual Civil: MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. **Teoria Geral...**, p. 110 e segs.

⁵⁶⁸ Como bem acentua Jose Rodriguez U., o *thema decidendum* é fixado “...por las peticiones de las partes, las cuales determinan igualmente lo que las mismas quieren en materia de tutela jurídica.” (RODRIGUEZ U., Jose. **Op. cit.**, p. 105). Em mesmo sentido: RAMOS MENDEZ, Francisco. **Derecho Procesal Civil**. Tomo I. Barcelona, Libreria Bosch, Biblioteca Procesal, 1986, tercera edición, p. 446.

⁵⁶⁹ Nesse sentido: GUIMARÃES, Mário. **O Juiz e a Função Jurisdicional**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1958, 1ª edição, p. 274.

⁵⁷⁰ Cf. RODRIGUEZ U., Jose. **Op. cit.**, p. 104. Como bem acentua Jose Rodriguez U.: “Acción y Jurisdicción deben guardar, por lo tanto, una relación armónica y de equilibrio. Lo cual no significa que la Jurisdicción, como función pública, esté limitada por la acción y condicionada por ésta en cuanto a su extensión.” (RODRIGUEZ U., Jose. **Op. cit.**, p. 104).

⁵⁷¹ No sentido de que “...mais vale prevenir do que remediar” (SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito...**, pág. 66). No francês: “Mieux vaut prévenir que guérir” (MAITRE, Grégory. **La responsabilité civile à l’épreuve de l’Analyse Économique...**, p. 56). Nesse sentido: MICHELIS, Ruanda Schillickman. Instrumentos Administrativos de Prevenção ao Dano Ambiental, in **Revista de Direito Ambiental**. Número 45. Rio de Janeiro. Renovar. 2006. Em mesmo sentido: COLAÇO, Maria Joana Féria. A tutela jurisdicional do ambiente, in **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**. Coimbra, Almedina, Instituto de Direito do Urbanismo e do Ambiente, LDA. (IDUAL), publicação semestral, números 27/28, janeiro/dezembro de 2007, publicação em abril de 2008, p. 95; SILVA, Ana Paula Vasconcellos da. O Direito Tributário Ambiental e a isenção de Imposto Territorial Rural na Reserva Particular do Patrimônio Natural, in **Revista de Direito Ambiental**. Número 45. Rio de Janeiro. Renovar. 2006, págs. 273 e 274. ARAGÃO, Maria Alexandra Sousa. **Princípio do Poluidor**

ambiente e a necessidade de evitá-los que emerge da conjunção⁵⁷² entre os princípios da prevenção e da precaução⁵⁷³ hão de fazer o direito a uma tutela jurisdicional⁵⁷⁴ ambiental ser interpretado com a balança inclinada para a efetividade dessa, em detrimento dos princípios que lhe poderiam servir de antagonistas.⁵⁷⁵

Jamais se pense que se está a reconhecer uma preferência abstrata pelo equilíbrio ecológico do ambiente,⁵⁷⁶ passível de ser defendido por meio de perspectivas de prevenção⁵⁷⁷ e precaução⁵⁷⁸ ancoradas⁵⁷⁹ numa efetiva⁵⁸⁰ tutela jurisdicional, em

Pagador..., p. 116. STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental ...**, pág. 143.

⁵⁷² Vasco Pereira da Silva é um dos que defendem que o princípio da prevenção, em uma acepção ampla, abrange o princípio da precaução (SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito**, pp. 67 e 71).

⁵⁷³ Cf. FIORILLO, Celso Antônio Pacheco e DIAFÉRIA, Adriana. **Biodiversidade e patrimônio genético...**, p. 31; GOMES, Carla Amado. Dar o duvidoso pelo (in)certo?..., p. 143 e segs.; MIRANDA, Jorge. **Op. cit.**, p. 214; MONCADA, Luis Cabral. O ambiente e a relação jurídica administrativa, *in Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*. Coimbra, Almedina, publicação semestral, números 29 e 30, janeiro/dezembro de 2008, pp. 25 e 26.

⁵⁷⁴ Manifestando-se a respeito da necessidade de uma tutela jurisdicional ambiental célere e efetiva: DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. **Op. cit.**, p. 77.

⁵⁷⁵ Exemplo disso se encontra em estudo de José Joaquim Gomes Canotilho, a no qual trata do efeito suspensivo do recurso do contencioso administrativo, onde o autor bem ressalta que “...um direito ancorado no princípio da prevenção, como é o direito do ambiente, não se adequa a um sistema de protecção cautelar pautado pela excepcionalidade da suspensão de eficácia” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Relações jurídicas poligonais – Ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo, *in Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*. Coimbra, Almedina, Instituto de Direito do Urbanismo e do Ambiente, LDA. (IDUAL), publicação semestral, n. 1, junho/1994, p. 65).

⁵⁷⁶ MIRANDA, Jorge. **Op. cit.**, p. 214. Em mesmo sentido: FIORILLO, Celso Antônio Pacheco e DIAFÉRIA, Adriana. **Biodiversidade e patrimônio genético...**, p. 31.

⁵⁷⁷ Nesse sentido, e ressaltando a necessidade de temperar o princípio da prevenção com base no princípio da proporcionalidade: GOMES, Carla Amado. Ambiente (Direito do)..., p. 84.

⁵⁷⁸ Cf. MAITRE, Grégory. **La responsabilité civile à l'épreuve de l'Analyse Économique...**, p. 54. No sentido de que “*mais vale prevenir do que remediar*” (SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito...**, pág. 66). No francês: “*Mieux vaut prévenir que guérir*” (MAITRE, Grégory. **La responsabilité civile à l'épreuve de l'Analyse Économique...**, p. 56). Nesse sentido: MICHELIS, Ruanda Schillickman. Instrumentos Administrativos de Prevenção ao Dano Ambiental, *in Revista de Direito Ambiental*. Número 45. Rio de Janeiro. Renovar. 2006. SILVA, Ana Paula Vasconcellos da. O Direito Tributário Ambiental e a isenção de Imposto Territorial Rural na Reserva Particular do Patrimônio Natural, *in Revista de Direito Ambiental*. Número 45. Rio de Janeiro. Renovar. 2006, págs. 273 e 274. ARAGÃO, Maria Alexandra Sousa. **Princípio do Poluidor Pagador...**, p. 116. STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental...**, pág. 143; GOMES, Carla Amado. Dar o duvidoso pelo (in)certo?..., p. 143 e segs.

⁵⁷⁹ Vasco Pereira da Silva é um dos que defendem que o princípio da prevenção, em uma acepção ampla, abrange o princípio da precaução (SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito**, pp. 67 e 71).

⁵⁸⁰ Nesse sentido: DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. **Op. cit.**, p. 77.

detrimento de quaisquer outros direitos fundamentais ou bens jurídicos constitucionais de que o réu eventualmente se diga titular. Haja vista a importância comunitária de que se reveste a *função social dos direitos fundamentais*,⁵⁸¹ em muito decorrente do “*resultado colectivo*” a que aspira a Constituição com a sua garantia,⁵⁸² jamais se poderá defender uma primazia *a priori* do Direito substantivo ao Ambiente sobre qualquer outro direito fundamental ou bem jurídico assegurado constitucionalmente.⁵⁸³ Não obstante, evidentemente que não de se *realizar concretamente ponderações* entre o Direito substantivo ao Ambiente e quaisquer outros direitos fundamentais ou bens jurídicos assegurados constitucionalmente. Feito isso e uma vez estabelecida a preferência daquele sobre estes,⁵⁸⁴ não há mais motivo para que se assuma o risco de ver a efetividade da tutela jurisdicional ambiental “*se esvaír*”⁵⁸⁵ enquanto o órgão jurisdicional se mantém inerte frente a um pleito incapaz de materialmente concretizá-la.

Concluída a *ponderação* com a preferência pelo Direito substantivo ao Ambiente, passa-se a se poder falar então em uma preferência sua *a posteriori*, o que consequentemente faz com que a balança se incline para o lado do Direito processual ao Ambiente e esse inevitavelmente goze de uma primazia *a priori*, justamente pelo fato de o Direito Ambiental como um todo se caracterizar por uma “*...predominância de normas com intuito preventivo*”⁵⁸⁶ que se lhe aplica tanto

⁵⁸¹ Cf. HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial...**, pp. 11-58.

⁵⁸² Cf. HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial...**, p. 48 e segs.

⁵⁸³ No sentido de uma impossibilidade de estabelecer uma primazia “*a priori*” o interesse público sobre o particular: ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, in SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O Direito Público em tempos de crise**. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1999, p. 101 e segs.

⁵⁸⁴ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional...**, p. 182; ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Trad. Jorge Senã, Barcelona, Gedisa, 1997, 2ª edição, p. 75. Também se pode mencionar a respeito da ponderação: CARA, Juan Carlos Gavarra de. **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo...**, p. 286. HESSE, Konrad. La interpretación constitucional. in HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 45.

⁵⁸⁵ Carla Amado Gomes bem ressalta que a fragilidade dos bens ambientais “*...aconselha uma atitude preventiva a accionar o mais rapidamente possível, a fim de evitar danos irreversíveis.*” (GOMES, Carla Amado. Acção Popular e efeito suspensivo do recurso: Processo Especial ou Especialidade Processual, in GOMES, Carla Amado. **Textos dispersos de Direito do Ambiente**. Volume I. Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAFDL), 2008, 1ª reimpressão, p. 115).

⁵⁸⁶ GOMES, Carla Amado. **Ambiente (Direito do)...**, p. 98.

material quanto processualmente.⁵⁸⁷ Dada a inclinação da balança para o lado do Direito processual ao Ambiente e da primazia *a priori* de que passa então a gozar, *preventivamente*⁵⁸⁸ se tem de conduzi-lo à máxima efetividade⁵⁸⁹ possível, até mesmo por força da responsabilidade comunitária dos indivíduos⁵⁹⁰ e da vertente positiva que é inerente a “...*todos os direitos fundamentais*”,⁵⁹¹ com o que se afasta toda e qualquer arguição da afronta ao princípio da segurança jurídica que se poderia atrelar a uma alegada inobservância do princípio da tipicidade.⁵⁹² Como se não bastasse o *princípio da liberdade das formas*⁵⁹³ a excepcionar o supracitado princípio da tipicidade, há de se igualmente admitir a possibilidade de mitigá-lo com fundamento na responsabilidade comunitária dos indivíduos⁵⁹⁴ intrínseca à

⁵⁸⁷ Cf. GOMES, Carla Amado. Ambiente (Direito do)..., p. 98.

⁵⁸⁸ Numa perspectiva de prevenir danos ao ambiente, conforme: GOMES, Carla Amado. Ambiente (Direito do)..., p. 98.

⁵⁸⁹ Carla Amado Gomes bem ressalta que a fragilidade dos bens ambientais “...*aconselha uma atitude preventiva a accionar o mais rapidamente possível, a fim de evitar danos irreversíveis.*” (GOMES, Carla Amado. Acção Popular e efeito suspensivo do recurso: Processo Especial ou Especialidade Processual, in GOMES, Carla Amado. **Textos dispersos de Direito do Ambiente**. Volume I. Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAFDL), 2008, 1ª reimpressão, p. 115).

⁵⁹⁰ A respeito da responsabilidade comunitária dos indivíduos: ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição...**, pp. 144 a 146; ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Título original: “*THEORIE DER GRUNDRECHTE*”, Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main, 1986, traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, Segunda edición en español, primera reimpresión, p. 314. Numa abordagem da teoria interna dos limites às restrições dos direitos fundamentais: HÄBERLE, Peter. **Le libertà Fondamentali nello Stato Costituzionale**. Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1993, p. 79 e segs.; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos...**, p.162.

⁵⁹¹ SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito...**, p. 89.

⁵⁹² Lembre-se que o Código de Processo dos Tribunais Administrativos portugueses, em seu artigo 112, consagra uma cláusula aberta (Cf. COLAÇO, Maria Joana Féria. A tutela jurisdicional do ambiente, in **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**. Coimbra, Almedina, Instituto de Direito do Urbanismo e do Ambiente, LDA. (IDUAL), publicação semestral, números 27/28, janeiro/dezembro de 2007, publicação em abril de 2008, p. 140) que permite perfeitamente ser associada a um princípio de atipicidade (Cf. ALMEIDA, Mário Aroso. O novo contencioso administrativo em matéria de ambiente, in **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**. Lisboa, Almedina, Instituto de Direito do Urbanismo e do Ambiente, LDA. (IDUAL), publicação semestral, números 18/19, dezembro/2002 a junho/2003, p. 125).

⁵⁹³ A propósito do tema: CASSESE, Sabino. **Le basi del diritto amministrativo**. Milano, Garzanti Editore, 2003, sesta edizione riveduta e ampliata, seconda ristampa, p. 347.

⁵⁹⁴ A respeito da responsabilidade comunitária dos indivíduos: ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição...**, pp. 144 a 146; ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Título original: “*THEORIE DER GRUNDRECHTE*”, Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main, 1986, traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, Segunda edición en español, primera reimpresión, p. 314. Numa abordagem da teoria interna dos limites às restrições dos direitos fundamentais: HÄBERLE, Peter. **Le libertà Fondamentali nello Stato Costituzionale**. Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1993, p. 79 e segs.

“*die Gemeinschaftsgebundenheit des Individuums*”,⁵⁹⁵ de modo a permitir que um direito à segurança jurídica de que eventualmente se digam titulares possa ser restringido em prol de um interesse da Comunidade⁵⁹⁶ que tenha sendo preferido, em sede de ponderação e balanceamento efetuados em Juízo, em detrimento daquele.⁵⁹⁷

3. 4. O *due process of Environment* frente a outro teste igualmente duro:

A indispensável observância do princípio da proporcionalidade

Por força da unidade da Constituição,⁵⁹⁸ revela-se impraticável estabelecer uma hierarquia entre os direitos fundamentais que termine por colocar o ambiente numa posição abstrata de preferência perante os demais. Excetuadas as circunstâncias em que é a própria Constituição quem previamente estabelece a maneira a partir da qual se fará a ponderação entre direitos fundamentais,⁵⁹⁹ não há exagero em dizer que só o caso concreto tem o condão de fornecer os subsídios necessários para que o hermeneuta possa determinar quem deve prevalecer.⁶⁰⁰ Justamente por isso é que se compreende não ser possível estabelecer uma hierarquia entre direitos fundamentais⁶⁰¹ a serem submetidos a *balanceamento*⁶⁰² e

⁵⁹⁵ Tradução livre do autor: “*vinculação comunitária do indivíduo*” (Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos...**, p.162).

⁵⁹⁶ Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos...**, p. 162.

⁵⁹⁷ A respeito: FONSECA, Isabel Celeste M. **Introdução ao Estudo Sistemático da Tutela Cautelar no Processo Administrativo**. Coimbra, Almedina, 2002, p. 168 e segs.

⁵⁹⁸ Respectivamente: HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, pp. 29 e 30; SCHNEIDER, Hans Peter. **Democracia y Constitucion**. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 44.

⁵⁹⁹ Nesse sentido: SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2003, 1ª edição, pp. 47 a 49.

⁶⁰⁰ Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 92; SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses...**, pp. 47 a 49.

⁶⁰¹ Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo, Editora Saraiva, 1996, pp. 197 e 198.

⁶⁰² A respeito do tema: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, Almedina, 1998, 2ª edição, p. 1.148. Na leitura que é feita por Luiz Guilherme Marinoni à doutrina de Robert Alexy (ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation, in [International Journal of Constitutional Law](#). Volume 3, [Oxford University Press](#), Number 4, October 2005, pp. 572-581(10), pp. 572-577), lê-se que tudo se resume a algo que esse último intitula de “lei da ponderação”: “*quanto maior o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do princípio concorrente.*” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo...**, p. 99, nota de rodapé n.º 12).

ponderação,⁶⁰³ sequer se podendo pensar numa primazia *a priori* de um sobre outro.⁶⁰⁴ E nem é isso que se pretende, uma vez que nada impede que se chegue a um resultado totalmente antagônico entre os mesmos princípios⁶⁰⁵ numa outra circunstância.⁶⁰⁶ Em respeito à *função social dos direitos fundamentais*⁶⁰⁷ e à *unidade da Constituição*,⁶⁰⁸ não se está a defender uma preferência abstrata pelo equilíbrio ecológico do ambiente,⁶⁰⁹ em detrimento de quaisquer outros direitos fundamentais ou bens jurídicos constitucionais de que o réu eventualmente se diga titular.⁶¹⁰ Sem sombra de dúvida, há de se impor limites a restrições de direitos fundamentais,⁶¹¹ pouco importando que se perfilhe uma “*teoria interna*” ou uma “*teoria externa*”.⁶¹² De fato, o raciocínio não pode ser outro tanto em sede de uma “*teoria externa*” que se deixe influenciar pelo pensamento liberal de Carl Schmitt,⁶¹³ para tanto estando ancorada na imprescindibilidade de toda e qualquer restrição estar expressamente prevista na Constituição,⁶¹⁴ quanto na esfera de uma “*teoria*

⁶⁰³ ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Trad. Jorge Senã, Barcelona, Gedisa, 1997, 2ª edição, p. 75. Também se pode mencionar a respeito da ponderação: CARA, Juan Carlos Gavarra de. **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo...**, p. 286. HESSE, Konrad. La interpretación constitucional. in HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 45.

⁶⁰⁴ Cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, in SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O Direito Público em tempos de crise**. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1999, p. 101 e segs.

⁶⁰⁵ A respeito do que há de ser entendido por “*princípio*”: ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia..., p. 101 e segs.

⁶⁰⁶ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales...**, p. 89.

⁶⁰⁷ Cf. HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial...**, pp. 11-58.

⁶⁰⁸ Respectivamente: HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional...**, pp. 29 e 30; SCHNEIDER, Hans Peter. **Democracia y Constitucion**. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 44.

⁶⁰⁹ MIRANDA, Jorge. **Op. cit.**, p. 214. Em mesmo sentido: FIORILLO, Celso Antônio Pacheco e DIAFÉRIA, Adriana. **Biodiversidade e patrimônio genético...**, p. 31.

⁶¹⁰ No sentido de uma impossibilidade de estabelecer uma primazia “*a priori*” o interesse público sobre o particular: ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, in SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O Direito Público em tempos de crise**. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1999, p. 101 e segs.

⁶¹¹ Não de ser as restrições entendidas como as que afetam o conteúdo de um direito fundamental, enfraquecendo “*deveres e obrigações, em sentido lato, que da necessidade da sua garantia e promoção resultam para o Estado*” (NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais...**, p. 157. Ainda a respeito: MIRANDA, JORGE. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Coimbra, Coimbra Editora, 3ª edição, 2000, p. 329).

⁶¹² Quanto às teorias a respeito dos limites aos direitos fundamentais: NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais...**, p. 292 e segs.

⁶¹³ SCHMITT, Carl. **Dottrina della Costituzione**. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1984, p. 173.

⁶¹⁴ Uma teoria que peca por superestimar a capacidade do constituinte de prever todos os possíveis conflitos entre direitos fundamentais. A respeito: NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos**

interna” que as enxerga como fronteiras internas à extensão dos direitos fundamentais, de modo a impedi-los de violar outros bens jurídicos de valor idêntico ou superior,⁶¹⁵ numa noção de responsabilidade comunitária oriunda da “*die Gemeinschaftsgebundenheit des Individuums*”.⁶¹⁶ Nem mesmo numa perspectiva principiológica dos direitos fundamentais⁶¹⁷ se consegue afastar a necessidade de impedir uma ponderação que dê ensejo a uma restrição desenfreada do alcance desses.⁶¹⁸ Muito embora na seara dessa perspectiva principiológica se permitam restrições não expressamente autorizadas pela Constituição,⁶¹⁹ ainda assim não se pode perder de vista que só são reputadas legítimas na exata medida em que se revelem necessárias para salvaguardar outro direito fundamental ou algum bem jurídico constitucionalmente tutelado⁶²⁰ e desde que sempre se preverve o núcleo essencial do direito fundamental cujo conteúdo se esteja a restringir.⁶²¹

Na verdade, o que se pretende é reforçar a *instrumentalidade da tutela jurisdicional ambiental frente ao Direito substantivo ao Ambiente*. Desse modo, não se admite que aquela permaneça inerte numa circunstância em que este venha a prevalecer

Fundamentais..., p. 292 e segs. Admitindo restrições não expressamente autorizadas pela Constituição: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição...**, pp. 1276 e 1277. Compreendendo que os direitos fundamentais só podem ser restringidos quando expressamente autorizado pela Constituição: ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os Direitos Fundamentais na Constituição...**, p. 230.

⁶¹⁵ Aqui, o problema está em permitir que a intervenção do Estado sobre o cidadão se dê de forma excessiva, por vezes dificultando o controle da atuação Estatal. A propósito da “*teoria interna*”: NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais...**, pp. 313 e 314.

⁶¹⁶ Tradução livre do autor: “*vinculação comunitária do indivíduo*” (Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2007, 9ª edição, revista, atualizada e ampliada, p.162). A respeito: HÄBERLE, Peter. **Le libertà Fondamentali...**, p. 79 e segs.; ALEX, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Título original: “*THEORIE DER GRUNDRECHTE*”, Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main, 1986, traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, Segunda edición en español, primera reimpresión, p. 314.

⁶¹⁷ Gilmar Ferreira Mendes é um dos que compreende que os direitos fundamentais possuem a natureza de princípios (MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica Constitucional...**, pp. 226 e segs.

⁶¹⁸ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais...**, p. 340.

⁶¹⁹ A favor: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria...**, pp. 1276 e 1277. Em sentido contrário: ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os Direitos Fundamentais na Constituição...**, p. 230.

⁶²⁰ Nesse sentido: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p. 122.

⁶²¹ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica Constitucional...**, pp. 241 e segs.

sobre os direitos fundamentais do réu em meio a juízo de *ponderação*⁶²² levado adiante em sede de contencioso administrativo ambiental. Em prevalecendo o Direito substantivo ao Ambiente em sede de tal juízo de ponderação, não há de restar outra alternativa ao órgão jurisdicional que não a de tutelar efetiva e materialmente o bem jurídico ambiental encaminhado à sua apreciação pelo legitimado a tanto. Entretanto, isso não quer dizer que se tenha de afastar uma *ponderação* e um *balanceamento*⁶²³ que, sem perder de vista a responsabilidade comunitária dos indivíduos⁶²⁴ e a necessidade de se perfilhar uma perspectiva de prevenção e precaução⁶²⁵ devidamente ancorada na efetividade,⁶²⁶ prestem-se a averiguar a possibilidade de, com fulcro no *princípio da proporcionalidade*, chegar-se a semelhante resultado com o emprego de meios processuais menos incisivos⁶²⁷ para o núcleo essencial do direito fundamental cujo conteúdo se esteja a restringir.⁶²⁸

⁶²² ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Trad. Jorge Senã, Barcelona, Gedisa, 1997, 2ª edição, p. 75. Também se pode mencionar a respeito da ponderação: CARA, Juan Carlos Gavarra de. **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo...**, p. 286. HESSE, Konrad. La interpretación constitucional. in HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 45.

⁶²³ A respeito do tema: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria...**, p. 1.148. ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation, in **International Journal of Constitutional Law**. Volume 3, **Oxford University Press**, Number 4, October 2005, pp. 572-581(10), pp. 572-577; MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, 3ª edição, revista e atualizada, p. 99, nota de rodapé n.º 12.

⁶²⁴ A respeito da responsabilidade comunitária dos indivíduos: ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição...**, pp. 144 a 146; Numa abordagem da teoria interna dos limites às restrições dos direitos fundamentais: HÄBERLE, Peter. **Le libertà Fondamentali...**, p. 79 e segs.; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos...**, p.162.

⁶²⁵ Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra Sousa. **Princípio do Poluidor Pagador...**, p. 116; GOMES, Carla Amado. Dar o duvidoso pelo (in)certo?..., p. 143 e segs.; MAITRE, Grégory. **La responsabilité civile à l'épreuve...**, p. 56; MICHELIS, Ruanda Schilickman. Instrumentos Administrativos de Prevenção ao Dano Ambiental, in **Revista de Direito Ambiental**. Número 45. Rio de Janeiro. Renovar. 2006; MONCADA, Luis Cabral. O ambiente e a relação jurídica administrativa, in **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**. Coimbra, Almedina, publicação semestral, números 29 e 30, janeiro/dezembro de 2008, pp. 25 e 26; SILVA, Ana Paula Vasconcellos da. O Direito Tributário Ambiental e a isenção de Imposto Territorial Rural na Reserva Particular do Patrimônio Natural, in **Revista de Direito Ambiental**. Número 45. Rio de Janeiro. Renovar. 2006, págs. 273 e 274; SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito...**, pág. 66; STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental...**, pág. 143.

⁶²⁶ Nesse sentido: DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. **Op. cit.**, p. 77.

⁶²⁷ A respeito da necessidade de preservar o núcleo do direito fundamental: MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica Constitucional...**, pp. 241 e segs.

⁶²⁸ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica Constitucional...**, pp. 241 e segs.

Sem perder de vista a necessidade de se preservar o equilíbrio ecológico do sistema⁶²⁹ que decorre da própria dignidade da pessoa humana⁶³⁰ e sem que se esqueça da ideia de precaução⁶³¹ inerente à máxima “*de senso comum*”⁶³² no sentido de que “*mais vale prevenir do que remediar*”,⁶³³ bem como em se levando em conta o igualmente digno direito de acesso célere e efetivo à tutela jurisdicional,⁶³⁴ nitidamente se percebe que a saída está em compreender que o Juiz há de inicialmente privilegiar esses valores em detrimento da regra “*...da menor restrição possível*”,⁶³⁵ porquanto “*...somente deve se preocupar com a menor restrição possível após ter identificado o meio idôneo à tutela do direito.*”⁶³⁶ Trata-se de dedução que se revela ainda mais nítida quando se vem a pensar em termos de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos⁶³⁷ proveniente da “*die*

⁶²⁹ MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 214. Em mesmo sentido: FIORILLO, Celso Antônio Pacheco e DIAFÉRIA, Adriana. **Biodiversidade e patrimônio genético...**, p. 31.

⁶³⁰ SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito...**, p. 85.

⁶³¹ A esse respeito: MAITRE, Grégory. **La responsabilité civile à l'épreuve...**, p. 54; GOMES, Carla Amado. Dar o duvidoso pelo (in)certo?... p. 143 e segs. Enquanto o perigo pressupõe uma probabilidade; o risco “*...é uma mera possibilidade*” (Cf. GOMES, Carla Amado. Subsídios para um quadro principiológico dos procedimentos de avaliação e gestão do risco ambiental, in GOMES, Carla Amado. **Textos dispersos de Direito do Ambiente**. Volume I. Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAFDL), 2008, 1ª reimpressão, p. 231). A prevenção lida com aquela; enquanto a precaução se preocupa com esta, “*...e mesmo a descoberto de qualquer base de certeza científica.*” (Cf. GOMES, Carla Amado. Dar o duvidoso pelo (in)certo?... p. 147).

⁶³² SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito**, p. 66.

⁶³³ SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito...**, p. 66. No francês: “*Mieux vaut prévenir que guérir*” (MAITRE, Grégory. **La responsabilité civile à l'épreuve...**, p. 56). Nesse sentido: MICHELIS, Ruanda Schilickman. Instrumentos Administrativos de Prevenção ao Dano Ambiental, in **Revista de Direito Ambiental**. Número 45. Rio de Janeiro. Renovar. 2006; SILVA, Ana Paula Vasconcellos da. O Direito Tributário Ambiental e a isenção de Imposto Territorial Rural na Reserva Particular do Patrimônio Natural, in **Revista de Direito Ambiental**. Número 45. Rio de Janeiro. Renovar. 2006, págs. 273 e 274. ARAGÃO, Maria Alexandra Sousa. **Princípio do Poluidor Pagador, pedra angular do Direito Comunitário do Ambiente**. Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 116. STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental: As dimensões do dano ambiental no Direito Brasileiro**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004, pág. 143; GOMES, Carla Amado. Dar o duvidoso pelo (in)certo?... p. 144.

⁶³⁴ Nesse sentido: DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. *Op. cit.*, p. 77.

⁶³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo...**, p. 123.

⁶³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo...**, p. 123. (grifou-se)

⁶³⁷ A respeito da responsabilidade comunitária dos indivíduos: ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição...**, pp. 144 a 146; ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Título original: “*THEORIE DER GRUNDRECHTE*”, Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main, 1986, traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, Segunda edición en español, primera reimpressão, p. 314. Numa abordagem da teoria interna dos limites às restrições dos direitos fundamentais: HÄBERLE, Peter. **Le libertà Fondamentali...**, p. 79 e segs.

Gemeinschaftsgebundenheit des Individuums".⁶³⁸ Isso porque a responsabilidade comunitária dos indivíduos,⁶³⁹ ancorada⁶⁴⁰ na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais,⁶⁴¹ permite que os direitos fundamentais individuais, sempre e necessariamente vinculados aos valores fundamentais da Comunidade, terminem por ser restringidos com fulcro no interesse dessa.⁶⁴²

Na esteira do que se está a ressaltar, percebe-se que não há por que se proibir abstratamente que sejam levadas adiante quaisquer restrições de direitos fundamentais de que o réu eventualmente seja titular, como se poderia concluir a partir de desatenta leitura do número 3 do artigo 120 do Código de Processo dos Tribunais Administrativos.⁶⁴³ Ora, basta que se atente a um simples exemplo para que se compreenda o raciocínio que se está a explicar. De fato, no que se refere à possibilidade de o Juiz optar por oficiosamente exigir que a ré instale um equipamento antipolvente em suas dependências, em vez de pura e simplesmente acolher o pedido de cessação de suas atividades formulado pelo autor, acredita-se não haver dúvida quanto à circunstância de em nada divergirem o § 5º do artigo 461 do Código de Processo Civil brasileiro e o número 3 do artigo 120 do *Código de*

⁶³⁸ Tradução livre do autor: "vinculação comunitária do indivíduo" (Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos...**, p.162).

⁶³⁹ A respeito da responsabilidade comunitária dos indivíduos: ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição...**, pp. 144 a 146; Também assim, mas na supracitada ótica da teoria interna: HÄBERLE, Peter. **Le libertà Fondamentali...**, p. 79 e segs.

⁶⁴⁰ Quanto à sua inclusão no âmbito do ordenamento jurídico português: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos...**, p. 162.

⁶⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos...**, p. 162.

⁶⁴² Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos...**, p. 162.

⁶⁴³ A maioria dos autores têm se silenciado a respeito do assunto. Exemplo disso se tem em SOFIA HENRIQUES, em sua obra "*A tutela cautelar não especificada no novo contencioso administrativo português*". Também ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES, em sua obra "*Temas da reforma do processo civil*", e TEIXEIRA DE SOUSA, em seus "*Estudos sobre o novo processo civil*". Igualmente Isabel Celeste M. Fonseca (FONSECA, Isabel Celeste M. **Dos novos processos urgentes no contencioso administrativo**. Lisboa, Editora Lex, 2004, p. 102). Outros autores têm admitido a possibilidade de substituição prevista no artigo 120, 3, do CPTA, desde que não provoque maior restrição ao requerido. Exemplo desse posicionamento se encontra José Carlos Vieira de Andrade: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Justiça Administrativa...**, pp.360 e 361. Destaque-se que a matéria foi tratada pelo TAF de Lisboa, no processo 539/04.9BELSB, decisão de 19.07.2004. Por oportuno, atente-se para a redação do número 3 do artigo 120 do Código de Processo dos Tribunais Administrativos: "*As providências cautelares a adoptar devem limitar-se ao necessário para evitar a lesão dos interesses defendidos pelo requerente, podendo o tribunal, ouvidas as partes, adoptar outra ou outras providências, em cumulação ou em substituição daquela ou daquelas que tenham sido concretamente requeridas, quando tal se revele adequado a evitar a lesão desses interesses e seja menos gravoso para os demais interesses, públicos ou privados, em presença.*"

Processo dos Tribunais Administrativos de Portugal. Nada obstante a interpretação literal deste dispositivo legal possa fazer com que se incorra no equívoco de compreender inviável que se trilhe o caminho inverso, com base numa errônea concepção de que apenas aquele § 5º do artigo 461 do Código de Processo Civil brasileiro⁶⁴⁴ não impõe limites à exceção da regra geral de correlação entre pedido e sentença,⁶⁴⁵ há de se interpretá-los indistintamente no que diz respeito à incidência da supracitada regra “...da menor restrição possível”.⁶⁴⁶ Realmente, conquanto o § 5º do artigo 461 do Código de Processo Civil brasileiro não consagre a limitação constante da parte final do número 3 do artigo 120 do Código de Processo dos Tribunais Administrativos de Portugal, indubitavelmente hão de ser ambos interpretados com os olhos voltados à *ponderação*⁶⁴⁷ e ao *balanceamento*⁶⁴⁸ inerentes ao princípio da proporcionalidade.⁶⁴⁹ Sem sombra de dúvida, é evidente que essa restrição mais gravosa concernente à possibilidade de o Juiz optar por oficiosamente exigir que a ré venha a cessar suas atividades poluidoras,⁶⁵⁰ sem que

⁶⁴⁴ Cf. ALVIM, José Manoel de Arruda. **Código do Consumidor Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 402; MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória**. 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 156-158; WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer – CPC, arts. 273 e 461. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 43.

⁶⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória...**, p. 157. Em outro trecho de sua obra, Luiz Guilherme Marinoni assevera que os arts. 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor excepcionam, expressamente, a regra da congruência entre pedido e sentença, de forma que pode o juiz “...deixar de atender ao pedido formulado para – convertendo uma ‘obrigação’ em outra – conferir ao autor a tutela específica da obrigação originária ou um resultado prático equivalente ao do adimplemento”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória...**, p. 158).

⁶⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo...**, p. 123.

⁶⁴⁷ ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Trad. Jorge Senã, Barcelona, Gedisa, 1997, 2ª edição, p. 75. Também se pode mencionar a respeito da ponderação: CARA, Juan Carlos Gavarra de. **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo...**, p. 286. HESSE, Konrad. La interpretación constitucional, in HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 45.

⁶⁴⁸ A respeito do tema: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição...**, p. 1.148. ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation, in [International Journal of Constitutional Law](#). Volume 3, [Oxford University Press](#), Number 4, October 2005, pp. 572-581(10), pp. 572-577; MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, 3ª edição, revista e atualizada, p. 99, nota de rodapé n.º 12.

⁶⁴⁹ Cf. CAMPOS JÚNIOR, Raimundo Alves de. **Op. cit.**, p. 69. Ressaltando a necessidade de reverenciar o princípio da proporcionalidade no âmbito da restrição de um direito fundamental: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição...**, p. 122.

⁶⁵⁰ A favor: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria...**, pp. 1276 e 1277. Em sentido contrário: ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os Direitos Fundamentais na Constituição...**, p. 230.

isso tenha sido pleiteado pelo autor, só será reputada legítima na medida em que se revele estritamente necessária para salvaguardar o equilíbrio do ambiente.⁶⁵¹ Algo que acontece quando a ré exerce atividade geradora de degradação que não se mostra passível de ser contida de outra forma, a exemplo do que pode ocorrer com uma empresa de extração de recursos minerais que se negue a observar as condições impostas pela Administração Pública no bojo da licença de operação que lhe venha a ser concedida por essa. E nem mesmo em tal circunstância se deve deixar de preservar o núcleo essencial do direito fundamental cujo conteúdo se esteja a restringir,⁶⁵² o que poderia ocorrer se o órgão jurisdicional terminasse por proibir a empresa degradadora de exercer a sua atividade por tempo indeterminado, pouco importando que essa passasse a observar as condições que lhe houvessem sido impostas na licença de operação.

3. 5. A inafastabilidade de um *due process of environment* em sede de tutela de urgência: Uma perspectiva de precaução e de prevenção

Dada a irreversibilidade⁶⁵³ que já se verificou girar em torno dos danos ao ambiente e levando-se em consideração a preventiva⁶⁵⁴ necessidade de evitá-los, urge

⁶⁵¹ Nesse sentido, no que se refere aos direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente tutelados em geral: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição...**, p. 122.

⁶⁵² Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica Constitucional...**, pp. 241 e segs.

⁶⁵³ Nesse sentido: ARAGÃO, Maria Alexandra Sousa. **Princípio do Poluidor Pagador...**, p. 116; MAITRE, Grégory. **La responsabilité civile à l'épreuve...**, p. 56; COLAÇO, Maria Joana Féria. A tutela jurisdicional do ambiente, in **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**. Coimbra, Almedina, Instituto de Direito do Urbanismo e do Ambiente, LDA. (IDUAL), publicação semestral, números 27/28, janeiro/dezembro de 2007, publicação em abril de 2008, p. 95; MICHELIS, Ruanda Schillickman. Instrumentos Administrativos de Prevenção ao Dano Ambiental, in **Revista de Direito Ambiental**. Número 45. Rio de Janeiro. Renovar. 2006. Em mesmo sentido: SILVA, Ana Paula Vasconcellos da. O Direito Tributário Ambiental e a isenção de Imposto Territorial Rural na Reserva Particular do Patrimônio Natural, in **Revista de Direito Ambiental**. Número 45. Rio de Janeiro. Renovar. 2006, págs. 273 e 274. SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito...**, pág. 66; STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental ...**, pág. 143.

⁶⁵⁴ Vasco Pereira da Silva é um dos que defendem que o princípio da prevenção, em uma acepção ampla, abrange o princípio da precaução (SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de Direito**, pp. 67 e 71). A respeito: MIRANDA, Jorge. **Op. cit.**, p. 214. Em mesmo sentido: FIORILLO, Celso Antônio Pacheco e DIAFERIA, Adriana. **Biodiversidade e patrimônio genético...**, p. 31; GOMES, Carla Amado. Dar o duvidoso pelo (in)certo? ..., p. 143 e segs.

atribuir efetividade à tutela jurisdicional⁶⁵⁵ ambiental tanto em fases cognitivas de processos judiciais quanto em fases de cumprimento de decisões neles proferidas, para além de se ter de reconhecê-la presente também em sede de tutela cautelar e de tutela inibitória. Dada a relevância que se tem de atribuir à prevenção e à precaução⁶⁵⁶ na seara ambiental, jamais se pode perder de vista a necessária correlação que há de existir entre elas e todas as formas de tutela jurisdicional, principalmente no que diz respeito a essas últimas espécies de tutela de urgência.⁶⁵⁷ A não ser que se pretenda inobservar completamente os princípios da prevenção e da precaução, hão de se revestir todas elas da “...*aura de efetividade por que tem de estar envolto o processo moderno*”⁶⁵⁸. Isso porque o *princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional*⁶⁵⁹ não se limita a garantir um formal ingresso em juízo, “...*cabendo-lhe assegurar um acesso à Justiça que propicie uma efetiva proteção contra qualquer forma de injusto*”⁶⁶⁰, claramente emergindo daí o

⁶⁵⁵ Manifestando-se a respeito da necessidade de uma tutela jurisdicional ambiental célere e efetiva: DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. *Op. cit.*, p. 77.

⁶⁵⁶ Cf. FIORILLO, Celso Antônio Pacheco e DIAFÉRIA, Adriana. **Biodiversidade e patrimônio genético...**, p. 31; GOMES, Carla Amado. Dar o duvidoso pelo (in)certo?... p. 143 e segs.; MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 214; MONCADA, Luis Cabral. O ambiente e a relação jurídica administrativa, *in Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*. Coimbra, Almedina, publicação semestral, números 29 e 30, janeiro/dezembro de 2008, pp. 25 e 26.

⁶⁵⁷ Ver, por todos, no que se refere aos *provvedimenti d'urgenza* em geral: DINI, Mario. **I provvedimenti d'urgenza nel Diritto Processuale Civile**. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, quarta edizione, riveduta ed ampliata, p. 257 e segs.

⁶⁵⁸ MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. **Teoria Geral...**, p. 113. Também a respeito do tema: MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 79.

No pertinente ao tema, merecem destaque as palavras de Márcio Louzada Carpena, no sentido de que o princípio consubstanciado no inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal, “...*em última análise, garante o direito de ação, bem como o de ter um processo direcionado à entrega do direito material de maneira efetiva e eficaz a todos os jurisdicionados*”. (CARPENNA, Márcio Louzada. Da Garantia da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e o Processo Contemporâneo, *in* PORTO, Sérgio Gilberto. **As garantias do cidadão no processo civil: relações entre Constituição e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 20).

⁶⁵⁹ Consubstanciado no inc. XXXV do art. 5º da Lei Magna brasileira.

⁶⁶⁰ Cf. MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. **Teoria Geral...**, p. 113. Também: WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer – arts. 273 e 461 do CPC, *in* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 20.

fundamento para as tutelas inibitória⁶⁶¹ e antecipada⁶⁶². Justamente por esse motivo é que não se pode interpretar restritamente o número 3 do artigo 120 do Código de Processo dos Tribunais Administrativos portugueses, de modo a excluir de sua abrangência a tutela inibitória. A prevalecer entendimento em sentido contrário, estar-se-ia a afrontar não só o direito constitucional de acesso a uma tutela jurisdicional efetiva e célere, como também o princípio da instrumentalidade do processo e, na seara ambiental, os princípios da prevenção e da precaução. Em outra perspectiva por que se ainda pode encarar a questão, estar-se-ia a esquecer completamente da necessidade de o processo, passível de ser visto como um serviço público⁶⁶³ que se destina a entregar a tutela jurisdicional a quem a invoque

⁶⁶¹ Na narrativa de Luiz Guilherme Marinoni: “*Não há dúvida que o direito de acesso à justiça, assegurado por nossa Constituição Federal (art. 5º, XXXV), garante o direito à adequada tutela jurisdicional e, assim, o direito à técnica processual capaz de viabilizar o exercício do direito à tutela inibitória*”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 3. ed., rev. ampl. e atual., p. 80). A respeito da tutela inibitória na seara ambiental, ver, por todos: GIOVANNI, Francesco di. **Strumenti privatistici e tutela dell’“ambiente”**. Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1982, p. 121 e segs.

⁶⁶² Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação de tutela**. São Paulo: Malheiros, 1996. 3ª ed., p. 211. Consoante bem ressaltou Márcio Louzada Carpena, em se referindo à possibilidade de concessão de tutela antecipada frente ao Poder Público: “*...temos que no momento em que a eficácia ou efetividade da prestação jurisdicional está intimamente ligada à antecipação de tutela, via liminar ou não, viável não parece, sob pena de prejudicar a prestação da justiça de maneira adequada, tolher o direito daquele que faz jus a recebê-la, eis que preenchidos os requisitos para tanto, somente pelo fato de a parte adversa ser o Estado. Mostra-se, destarte, inconstitucional a vedação por clara afronta ao direito de ação de forma plena, útil, eficiente e efetiva*”. (CARPENA, Márcio Louzada. Da Garantia da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e o Processo Contemporâneo. In: PORTO, Sérgio Gilberto. **As garantias do cidadão no processo civil: relações entre Constituição e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 26)

⁶⁶³ Sempre lembrando que o presente estudo se vale da concepção material de serviço público (Cf. RIBEIRO, Manoel. **Direito Administrativo**. Salvador: Itapoã Ltda., 1964. v. 2, p. 72-73). Nesse ponto, é de se observar que Eduardo Barrachina Juan conceitua o serviço público nestes termos: “*El servicio público ‘es una actividad prestada por la Administración pública, que regulada por el Derecho público, tiende a satisfacer una necesidad de carácter general*”. (JUAN, Eduardo Barrachina. **Lecciones de Derecho Administrativo II**. Barcelona: PPU, p. 807).

por meio do exercício do direito⁶⁶⁴ de ação constitucionalmente⁶⁶⁵ assegurado,⁶⁶⁶ atentar para a Sociedade a que serve e para a degradação ambiental que a vem afligindo.⁶⁶⁷

3. 6. Um último pressuposto para que se possa finalmente contemplar o *due process of Environment*: A devida observância do princípio do contraditório

Previsível que surjam opiniões contrárias ao *due process of Environment* que se está a propor, com base no argumento de que a sua implementação pelo órgão jurisdicional fatalmente há de dar ensejo a uma afronta ao princípio do contraditório. De fato, tem-se de reconhecer que a pura e simples imposição de medida mais severa ao requerido, em decorrência de substituição de medida cautelar pleiteada pelo requerente por outra que não tenha sido postulada ou em razão de sua cumulação com outra medida igualmente não solicitada pelo demandante, realmente dá ensejo à inobservância ao princípio do contraditório.⁶⁶⁸

⁶⁶⁴ Cf. WACH, Adolf. **Manual de Derecho Procesal Civil**. Traducción del alemán por Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1977. v. I, p. 46. Discorrendo acerca do tema: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 248-249; ESTELLITA, Guilherme. **Direito de ação – Direito de demandar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1942. p. 40 e 58; GOLDSCHMIDT, James. **Direito Processual Civil**. 1. ed. São Paulo: Bookseller. Trad. de Lisa Pary Scarpa, 2003. v. I, p. 16; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria Geral do Processo Civil**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 109; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 105. Analisando o direito abstrato de agir idealizado por Degenkolb, Guilherme Estellita assim o descreve: “...se dirige contra o Estado. É um direito subjetivo público, porque incide no exercício de um poder público”. (ESTELLITA, Guilherme. **Direito de ação – Direito de demandar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1942. p. 53).

⁶⁶⁵ Nessa linha: ROCCO, Alfredo. **La sentenza civile**. 1. ed. Milão, 1962. p. 90; SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. I, p. 184; TUCCI, Rogério Lauria. **Da ação e do processo civil na teoria e na prática**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 27; TROCKER, Nicolò. **Processo Civile e Costituzione, Problemi di diritto tedesco e italiano**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1974. p. 161; WACH, Adolf. **Manual de Derecho Procesal Civil**. Traducción del alemán por Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1977. v. I, p. 46.

⁶⁶⁶ Cf. MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. **Teoria Geral...**, p. 233 e segs.

⁶⁶⁷ Cf. JUCOVSKY, Vera Lucia R. S. O papel do Juiz na defesa do meio ambiente, in **Lusíada – Revista de Ciência e Cultura**. Universidade Lusíada – Porto, Coimbra Editora, Série de Direito, números 1 e 2, 1999, pp. 492 e 493.

⁶⁶⁸ Para que se perceba a aversão da doutrina a essa hipótese, basta que se atente a este trecho da obra de Sabino Cassese: “La necessaria deduzione dei motivi nel ricorso introduttivo è giustificata dall’esigenza di delimitare l’attività cognitiva e decisoria del giudice e di tutelare il contraddittorio” (CASSESE, Sabino. **Trattato di diritto Amministrativo**. Tomo quarto, Milano, Dott. A. Giuffrè

Nada obstante, igualmente há de se admitir que outra há de ser a conclusão nos casos em que o órgão jurisdicional termine por fazê-lo apenas após a oitiva das partes. Esse simples ato de prudência por parte do órgão jurisdicional, previsto no número 3 do artigo 3 do Código de Processo Civil português e perfeitamente aplicável ao Contencioso Administrativo, afasta toda e qualquer alegação de ofensa ao princípio do contraditório, porquanto concede ao requerido uma oportunidade de, antes de a decisão de substituição ou de cumulação ser proferida, manifestar-se acerca da medida a ser eventualmente aplicada.

Conclusões

Ninguém contesta a necessidade de se conferir uma efetiva tutela a um direito fundamental intimamente ligado à dignidade da pessoa humana e, sobretudo, indispensável à sobrevivência de todos os seres vivos que habitam este Planeta. Em meio a um cenário desses, há de se poder falar em um esverdeamento do *due process*, a partir do que se possa falar em um poder-dever de os órgãos jurisdicionais não darem interpretação restritiva a meios processuais que, devidamente consagrados no ordenamento jurídico, de forma específica se prestem à proteção do ambiente. Na inexistência de meios processuais especificamente consagrados para a proteção do ambiente, há de ainda se falar em um poder-dever de os órgãos jurisdicionais efetuarem as necessárias adaptações de quaisquer meios processuais existentes no ordenamento jurídico, independentemente do ramo do direito de que provenham, de modo que sirvam à tutela jurisdicional ambiental e a permitam alcançar sua finalidade de bem defender o ambiente. E também se há de falar na possibilidade de o órgão jurisdicional, com fulcro no poder-dever de prestar a jurisdição, sempre fazer incidir sobre o caso concreto o meio processual que se mostre mais apto para tutelar o ambiente de forma efetiva, pouco importando que tenha sido pleiteado ou não pelo requerente.

Editore, 2000, p. 3318).

Nitidamente se percebe que se mostra indispensável ter sempre um norte a ser seguido em circunstâncias tais. Um norte que há de servir de premissa para a interpretação de meios processuais verdes. Um norte que há de guiar a interpretação extensiva de tais meios processuais verdes. Um norte que há de permitir a sua criação a partir de meios processuais oriundos de outros ramos do Direito. Um norte que permita ao órgão jurisdicional sempre tutelar o ambiente por meio da aplicação do meio processual que se mostre mais efetivo, desde que obviamente respeitado o princípio da proporcionalidade. Um norte que, ressalvadas as imprecisões que porventura se afigurem presentes neste estudo, humildemente se acredita que não poderia ser outro: *Due process of... Environment!*

Referências Bibliográficas

ALESSI, Renato. Sistema Istituzionale del Diritto Administrativo Italiano. Milano: Dott Giuffrè, seconda edizione, largamente riveduta e ampliata, 1958.

ALEX, Robert. Balancing, constitutional review, and representation, in [International Journal of Constitutional Law](#). Volume 3, [Oxford University Press](#), Number 4, October 2005.

____. El concepto y la validez del derecho. Trad. Jorge Sená, Barcelona, Gedisa, 1997, 2ª edição.

____. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales, in Revista Española de Derecho Constitucional. Volumen 66, Madrid, Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002.

____. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

____. Teoría de los derechos fundamentales. Título original: “*THEORIE DER GRUNDRECHTE*”, Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main, 1986, traducción y estudio

introdutorio de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, Segunda edición en español, primera reimpresión

ALLEGRETTI, Umberto. Amministrazione e Costituzione, *in* Amministrazione Pubblica e Costituzione. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), Padova, 1996.

ALMEIDA, Mário Aroso. O novo contencioso administrativo em matéria de ambiente, *in* Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente. Coimbra, Almedina, Instituto de Direito do Urbanismo e do Ambiente, LDA. (IDUAL), publicação semestral, números 18/19, dezembro/2002 a junho/2003.

_____. Tutela Jurisdicional em Matéria Ambiental, *in* ROCHA, Mário de Melo (coord.). Estudos de Direito do Ambiente. Porto, Publicações Universidade Católica, 2003.

ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. I.

ALVIM NETO, José Manuel de Arruda. Tratado de Direito Processual Civil. V. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Mário Aroso de. Grandes linhas da Reforma do Contencioso Administrativo. Coimbra, Almedina, junho de 2002.

ANDRADE, Christiano José de. A hermenêutica jurídica no Brasil. São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Tese de Doutorado, 1989.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. A justiça administrativa. Coimbra, Almedina, 2009, 10ª edição.

_____. Direito Administrativo e Fiscal. Coimbra, Policopiado das lições do 3º ano da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1994.

_____. Interesse Público, *in* Dicionário Jurídico da Administração Pública. Lisboa, Luso-Americana, 1993, pp. 295 e segs.

_____. Os direitos fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976. Coimbra, Almedina, 2006, 3ª edição.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. O Direito do Ambiente como direito da complexidade, *in* Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente. Coimbra, Almedina, Instituto de Direito do Urbanismo e do Ambiente, LDA. (IDUAL), publicação semestral, n. 10, dezembro/1998

- ____. Para uma noção jurídica de ambiente. *In Scientia Iuridica*. Tomo XLI, Braga, Universidade de Minho, 1992, números 235-237.
- ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. O princípio do poluidor pagador. Coimbra, Coimbra Editora, 1997.
- ____. Princípio do Poluidor Pagador, pedra angular do Direito Comunitário do Ambiente. Coimbra, Coimbra Editora, 1997.
- ARAÚJO, Fernando. A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios: O problema Económico do Nível Óptimo de Apropriação. Coimbra, Almedina, 2008.
- ____. Introdução à Economia. Volume II, Coimbra, Almedina, 2004, 2ª edição.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. Direito constitucional e ambiente *in* Revista do Advogado da AASP. São Paulo, 37:67, 1992.
- ASSIS, Araken de. Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, *in* SARLET, Ingo Wolfgang (org.). O Direito Público em tempos de crise. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1999.
- BACHOF, Otto. Normas Constitucionais Inconstitucionais? Trad. e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.
- BAÑO LEÓN, José María. La tutela judicial del medio ambiente y la defensa de los intereses municipales, *in* ESTEVE PARDO, José (Coord.). Derecho del Medio Ambiente y Administración Local. Madrid, Editorial Civitas S.A., 1996, primera edición.
- BARRACHINA JUAN, Eduardo. Lecciones de Derecho Administrativo, II. Barcelona, PPU.
- BARROS JÚNIOR, Carlos S. de. Compêndio de Direito Administrativo, v. I. São Paulo, Max Limonad.
- BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. São Paulo, Editora Saraiva, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Edit. Saraiva, 1999, 20ª ed.
- BÉDIER, M. La Chanson de Roland. Paris, Larousse, 1935, 28ª ed.

- BENJAMIN, Antônio Herman V. O princípio poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental, *in* Dano ambiental: Prevenção, reparação e repressão. BENJAMIN, Antônio Herman V. (Coord.). São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés. Instituciones de Derecho Ambiental. Madrid, La Ley-Actualidad S.A., 2001.
- BETTI, Emilio. Diritto processuale civile italiano. Roma: Il Foro Italiano, 1936.
- _____. Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Milano, Giuffrè, 1949.
- BIELSA, Rafael. Principios de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1963, tercera edición.
- BIRNIE, P. W. e BOYLE, A. E. International Law and the Environment. United States, New York, Oxford University Press Inc., 2002, second edition.
- BLANCHET, Luiz Alberto. Curso de Direito Administrativo. Curitiba, Juruá Editora, 1998.
- BOMBIN, Miguel. Modelo paleocológico evolutivo para o neoquarternário da região da campanha – oeste do Rio Grande do Sul (Brasil): A formação Touro Passo, seu conteúdo fossilífero e a pedogênese pós-deposicional. Porto Alegre, UFRGS, 1976. Tese de Mestrado.
- BORTOLUZZI, Carlos A. Contribuição à geologia da região de Santa Maria – Rio Grande do Sul (Brasil). Pesquisas. 4 (1): 7-86, outubro de 1974.
- BOSCHI, José Antônio Paganella. Ação Penal. Rio de Janeiro, AIDE Editora, 2002, 3ª ed.
- BRADLEY e EWING. Constitucional and Administrative Law. London e New York, Longman, 2003, 13ª ed.
- BRAZ, Petrônio. Manual de Direito Administrativo: De acordo com a reforma administrativa. São Paulo, LED, 1999.
- BRUNONI, Nivaldo. A tutela das águas pelo Município *in* FREITAS, Vladimir Passos de. Águas: Aspectos jurídicos e ambientais. Curitiba, Juruá Editora, 2000.
- BÜLLOW, Oskar Von. La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales. Buenos Aires, EJE, 1964.

CALABRESI, Guido. Costo degli incidenti, efficienza e distribuzione della ricchezza: sui limiti dell'analisi economica del diritto, *in* ALPA, Guido (org.). *Analisi Economica del Diritto Privato*. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1998.

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Traducción de la segunda edición italiana y estudio preliminar por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1973. v. I.

____. *Opere Giuridiche*, volume quarto. A cura di Mauro Capelletti, con presentazione di Enrico Tullio Liebman. Napoli: Morano Editore, 1970.

____. *Processo e Giustizia*, *in* *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1950.

CAMPBELL, Neil A. *Biology*. Redwood City, The Benjamin/Cummings Publishing Company, 1990.

CAMPOS JÚNIOR, Raimundo Alves de. *O conflito entre o Direito de Propriedade e o Ambiente*. Curitiba, Juruá, 2006, 1ª edição, 3ª tiragem.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra, Livraria Almedina, 1993, 6ª edição.

____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 2ª edição.

____. *Juridicização da ecologia ou ecologização do Direito*, *in* *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*. N.º 4, Instituto de Direito do Urbanismo e do Ambiente, Coimbra, Livraria Almedina, Dezembro de 1995.

____. *Procedimento Administrativo e Defesa do Ambiente*, *in* *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. 1991, N. 3.799, ano 123.

____. *Relações jurídicas poligonais – Ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo*, *in* *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*. Coimbra, Almedina, Instituto de Direito do Urbanismo e do Ambiente, LDA. (IDUAL), publicação semestral, n. 1, junho/1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

____. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra, Coimbra Editora, 1991.

CANNADA-BARTOLI, Eugenio. Principio soggettivo nel processo amministrativo e legittimazione a ricorrere, *in* Il Foro Amministrativo. V. I, 1963.

CAPPELLETTI, Mauro. Giudici Legislatori? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre, SAFE, 1993.

____. La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile. I. Milano, 1962, sección segunda, capítulo quinto.

____. Processo e ideologie. Bologna, Società editrice il Mulino, 1969.

CAPOBIANCO, João Paulo Ribeiro. Fonte de água pura. Resenha do livro Águas doces do Brasil: capital ecológica, uso e conservação. Editora Escrituras, coordenação de Aldo Rebouças, Benedoto Braga e José Galizia Tundisi. Parabólicas, n.º 55, novembro/dezembro de 1999.

CARA, Juan Carlos Gavarra de. Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

CARNACINI, Tito. Tutela Jurisdiccional y Técnica del Proceso, *in* Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo III, n. 12, 1953.

CARNELUTTI, Francesco. Sistema di Diritto Processuale Civile. I. Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1936, XIV.

CARPENA, Márcio Louzada. Da Garantia da Inafastabilidade do Controle Jurisdiccional e o Processo Contemporâneo. *In*: PORTO, Sérgio Gilberto. As garantias do cidadão no processo civil: relações entre Constituição e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CARVALHO, Edson Ferreira de. Ambiente & Direitos Humanos. Curitiba, Juruá Editora, 2006, 1ª edição, 2ª tiragem.

CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo, I. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Sexta edición actualizada.

____. Derecho Administrativo, II. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, sexta edición actualizada.

CASSESE, Sabino. Las bases del derecho administrativo. Traducción Luis Ortega. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1994.

____. Le Basi del Diritto Amministrativo. Milano, Garzanti, 2004, 5ª edizione, 3ª reimpressione.

____. Le basi del diritto amministrativo. Milano, Garzanti Editore s.p.a., 2003, sesta edizione riveduta e ampliata, seconda ristampa.

____. Trattato di diritto Amministrativo. Tomo quarto, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2000.

CASTRO, Adauto de Souza e CROCHÍQUIA, Edson. ABC do Direito Romano. São Paulo, Sugestões Literárias S/A, 1969, 1ª ed., capítulo II, ponto 1.

CASTRO, Artur Anselmo de. Lições de Processo Civil. Coligidas e publicadas por Abílio Neto e revistas pelo autor. Coimbra: Almedina, 1971.

CAVALCANTI, E. Para compreender a desertificação: Uma abordagem didática e integrada. Instituto Desert. Julho de 2001.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Princípios Gerais de Direito Público. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1958.

CAVALLONE, Bruno. Il giudice e la Prova nel Processo Civile. Pádua, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1991.

CENEVIVA, Walter. Direito Constitucional Brasileiro. São Paulo, Editora Saraiva, 2003, 3ª ed.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. V. I. Tradução da 2ª edição italiana por J. Guimarães Menegale, acompanhada de notas pelo Prof. Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Livraria Saraiva, 1942.

____. Principi di diritto processuale civile. Napoli, 1923, 3ª ed.

____. Principios de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Traducción española de la tercera edición italiana y prologo del Professor Jose Casais y Santaló. Notas de Alfredo Salvador. Madrid, Instituto Editorial Reus, S.A., 1977.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo, Malheiros Editores, 1994, 10ª ed.

COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost, *in* Journal of Law and Economics. Chicago, Chicago University, N. 3. 1960.

COLAÇO, Maria Joana Féria. A tutela jurisdicional do ambiente, *in* Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente. Coimbra, Almedina, Instituto de Direito do Urbanismo e do Ambiente, LDA. (IDUAL), publicação semestral, números 27/28, janeiro/dezembro de 2007, publicação em abril de 2008.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado e TARUFFO, Michele. Lezione sul processo civile. Bologna, Società Editrice Il Mulino, 1998, seconda edizione.

CONDESSO, Fernando dos Reis. Direito do Ambiente. Prefácio de António de Almeida Santos. Coimbra, Almedina, 2001.

CONSOLO, Claudio. Spiegazioni di diritto processuale civile. Tomo primo: Le tutele. Bologna, 2000. Quarta edizione riveduta.

CORDEIRO, Copérnico A. e SOARES, Lúcio. A erosão nos solos arenosos da região sudoeste do Rio Grande do Sul. *In* Revista Brasileira de Geografia. Rio de Janeiro. 39 (4): 83-150, outubro/dezembro de 1977.

CORDÓN MORENO, Faustino. El proceso contencioso-administrativo. Elcano (Navarra), Editorial Aranzadi S.A., 2001, segunda edición, revisada y puesta al día.

CORREIA, Sérvulo. Direito do contencioso administrativo. Volume I. Lisboa, Editora Lex, 2005.

COSTANZA, Robert; DALY, Herman E.; BARTHOLOMEW, A. Goals, agenda and policy recommendations for ecological economics. *in* COSTANZA, Robert (ed.). Ecological economics: The science and management of sustainability. New York, Hill and Wang, 1991.

COULON, Jean Marie e FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Le Droit d'Accès à la Justice, *in* CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry. Droits Fondamentaux. Paris, Dalloz, 2002, 8^a ed.

COUTURE, Eduardo. Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo 1. Buenos Aires, Depalma, 1978.

COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1958, tercera edición (póstuma)

_____. La garanzia costituzionale del “dovuto processo legale”, *in* Rivista di Diritto Processuale. Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1954.

DAHRENDORF, Ralf. Elementos para uma teoria do conflito social, trad. Vamireh Chacon, Brasília, Universidade de Brasília, 1981.

_____. As classes e seus conflitos na sociedade industrial, trad. José Viegas, Brasília, Universidade de Brasília, 1982.

DALES, J. H. Pollution, Property and Prices: An Essay in Policy-making and Economics. University of Toronto Press, 1968.

DAVID, Sofia. Das intimações: Considerações sobre uma (nova) tutela de urgência no Código de Processo nos Tribunais Administrativos. Coimbra, Almedina, 2005.

DEL VECCHIO. Philosophie du droit. Paris, Dalloz, 1953.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. O que é Filosofia? Rio de Janeiro: 34, 1983.

DELL'ANNO, Paolo. Manuale di Diritto Ambientale. Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 2003, quarta edizione.

DENTI, Vittorio. Un progetto per la Giustizia Civile. Bolonha, Il Mulino, 1982.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. Tutela Ambiental e Contencioso Administrativo. Coimbra, Coimbra Editora, 1997.

DIEZ-PICASSO, L.; GULLÓN, A. Sistema de Derecho Civil. Vol. I, Madrid, Tecnos, 2002, 10ª ed.

DINI, Mario. I provvedimenti d'urgenza nel Diritto Processuale Civile. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, quarta edizione, riveduta ed ampliata.

DINIZ, Maria Helena. As lacunas no direito. São Paulo, Editora Saraiva, 2000, 6ª ed.

DOSSA, D., CONTO, A.J. de, RODIGHERI, H., HOEFLICH, V.A. Aplicativo com análise de rentabilidade para sistemas de produção de florestas cultivadas e de grãos. Colombo: Embrapa Florestas, 2000.

DUARTE, Ronnie Preuss. Garantia de Acesso à Justiça: Os Direitos Processuais Fundamentais. Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

DUEZ, Paul e DEBEYRE, Guy. Traité de Droit Administratif. Paris, Librairie Dalloz, 1952.

DUGUIT, León. Fundamentos do direito. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo, Ícone, 1996.

DUSI, Bartolomeo. Istituzioni di Diritto Civile. Primo Volume. Torino, G. Giappichelli Editore, 1940, Terza edizione aggiornata e coordinata col libro “*Delle Persone*” e col libro “*Delle Successioni per causa di morte e delle donazioni*”, del nuovo Codice Civile da Silvio Romano.

DWORKIN, Ronald. A Matter of Principle. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985.

_____. Uma questão de princípio. Tradução de “*A Matter of Principle*” por Luís Carlos Borges. São Paulo, Martins Fontes, 2000.

FABRICIO, Adrualdo Furtado. Condições da Ação: Mérito e Coisa Julgada, *in* Conferência no Curso de Aperfeiçoamento para Juízes. ESMRGS, Biblioteca do TJRS. FACHIN, L. E. Teoria Crítica do Direito Civil. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000.

FARIA, Rita Lynce de. A função instrumental da tutela cautelar não especificada. Lisboa, Universidade Católica Editora, 2003.

FARIAS, Edilson Pereira de. A colisão de direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 2000, 2ª edição.

FAURE, Michel G; HAY, Julien. Analyse Economique de la Responsabilite Environnementale. Perspectives Theoriques et Empiriques, *in* La responsabilité environnementale, prévention, imputation, réparation. Dalloz, 2009.

FERNANDEZ SEGADO, Francisco. Teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional, *in* Revista de Informação legislativa. Brasília, ano 31, número 12, março e abril de 1994.

FERRAJOLI, Luigi. Diritti Fondamentali. Roma, Laterza, 2001.

FERRANDIZ, L. Prieto.Castro. Derecho Procesal Civil. Volumen Primero. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1968, nueva edición, corregida y actualizada.

FERREIRA, Sérgio Andréa. Princípios institucionais do Ministério Público. Rio de Janeiro, 1982.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. São Paulo, Editora Saraiva, 2003, 30ª ed., revista e atualizada.

- ____. Estado de Direito e Constituição. São Paulo, Editora Saraiva, 1999, 2ª ed.
- FERRI, Corrado. Struttura del processo e modificazione della domanda. Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1975.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. Curso de Direito Administrativo. São Paulo, Malheiros Editores, 1998, 3ª ed., revista e atualizada.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental brasileiro. São Paulo, Editora Saraiva, 2008, 9ª edição, revista, atualizada e ampliada.
- ____. e DIAFÉRIA, Adriana. Biodiversidade e patrimônio genético no direito ambiental brasileiro. São Paulo, Max Limonad, 1999.
- FIORINI, Bartolomé A. Derecho Administrativo, tomo I. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, segunda edición actualizada, reimpresión.
- ____. Derecho Administrativo, tomo II. Argentina, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, segunda edición actualizada, reimpresión.
- FISHER, Anthony C. Resource and environmental economics. Cambridge, Cambridge University Press, 1983.
- FLEINER, Fritz. Instituciones de Derecho Administrativo. Traducción de la octava edición alemana por Sabino A. Gendin. Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor S.A., 1933.
- FONSECA, Guilherme Frederico Dias Pereira da. A defesa dos direitos: Princípio geral da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, *in* Boletim do Ministério da Justiça, março de 1985, n. 344.
- FONSECA, Isabel Celeste M. Dos novos processos urgentes no contencioso administrativo. Lisboa, Editora Lex, 2004.
- ____. Introdução ao estudo sistemático da tutela cautelar no processo administrativo. Coimbra, Almedina, 2002.
- FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. Petrópolis, Vozes, 1991, 8ª ed.
- FOX, William F. Understanding administrative law. Matthew Bender & Co., 1992, 4 revised edition, June 2002.
- FRAGA, Jesús Jordano. La protección del derecho a un medio ambiente adecuado. Barcelona, José María Bosch Editor S.A., 1995.

FRAGA, Sabino. Derecho Administrativo. Mexico, Editorial Porrúa S.A., 1952, quinta edición.

FRANCO, Marilena. Il Diritto dell'Ambiente: Lineamenti e Materiali. I. Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1990.

FRANKENBERG, Günther. A gramática da Constituição e do Direito. Belo Horizonte, 2007.

FREITAS, Vladimir Passos de. Águas: Aspectos jurídicos e ambientais. Curitiba, Juruá Editora, 2000.

FREITAS, José Lebre de. A acção declarativa comum: À luz do Código revisto. Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

FROMM, Erich. Anatomia da destrutividade humana. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1975.

GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. Da exclusividade de uma medida cautelar típica à atipicidade das medidas cautelares ou a necessidade de uma nova compreensão do Direito e do Estado, *in* Cadernos de Justiça Administrativa. N. 16, Julho/Agosto de 1999.

_____. O Direito do Urbanismo entre a liberdade individual e a política urbana, *in* Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente. Coimbra, Almedina, Instituto de Direito do Urbanismo e do Ambiente, LDA. (IDUAL), publicação semestral, n. 13, junho/2000.

_____. O lugar do direito na proteção do ambiente, *in* GOMES, Carla Amado e ANTUNES, Tiago (org.). O que há de novo no Direito do Ambiente? Actas das Jornadas de Direito do Ambiente. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAFDL), 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II, Madrid, Civitas, 1988, 2ª edición.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon. Curso de Derecho Administrativo. Volumen I. Madrid, Civitas Ediciones, S. L., 2004, 12ª ed.

_____. Curso de Derecho Administrativo, II. Madrid, Civitas, 1993, 4ª ed.

GIANNINI, Massimo Severo. Derecho Administrativo, volumen primero. Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991, Traducción Luis Ortega.

_____. Le azioni a Tutela di Interessi Collettivi. Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1976.

GIGLIO, Alfredo José F. del. Direito Romano: parte introdutória, parte geral e parte especial. São Paulo, Edit. José Buschatsky, 1970.

GIOVANNI, Francesco di. Strumenti privatistici e tutela dell'“ambiente”. Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1982.

GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel. El derecho a la tutela judicial efectiva. Las garantías del artículo 24 de la Constitución, *in* SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago (Coordinador). Dogmática y práctica de los derechos fundamentales. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

_____. La libertad y la seguridad, *in* SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago (Coordinador). Dogmática y práctica de los derechos fundamentales. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

GOLDSCHMIDT, James. Principios generales del processo. Buenos Aires, 1961.

GOMES, Alba Maria Baptista; CARVALHO, Carmem Spalding de e BARBOZA, Regina Dubois. Estudo de Geomorfologia: Alegrete/RS. *In* Boletim de Geografia Teorética. Simpósio de Geografia Física Aplicada.15 (29-30): 291-8, 1985.

GOMES, Carla Amado. A ecologização da Justiça Administrativa: Brevíssima nota sobre a alínea l) do n.º 1 do artigo 4º do ETAF, *in* Textos dispersos de Direito do Ambiente. Volume I, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAFDL), 2008, 1ª reimpressão.

_____. A prevenção à prova no Direito do Ambiente. Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

_____. A responsabilidade civil por dano ecológico: Reflexões preliminares sobre o novo regime instituído pelo DL 147/2008, de 29 de julho, *in* GOMES, Carla Amado e ANTUNES, Tiago (org.). O que há de novo no Direito do Ambiente? Actas das Jornadas de Direito do Ambiente. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAFDL), 2009.

____. Ambiente (Direito do), *in* GOMES, Carla Amado. Textos dispersos de Direito do Ambiente. Volume I, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAFDL), 2008, 1ª reimpressão.

____. As operações materiais administrativas e o Direito do Ambiente. Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAFDL), 2005, 2ª edição.

____. Contra uma interpretação demasiado conforme à Constituição do artigo 109º/1 da CPTA, *in* GOMES, Carla Amado. Textos dispersos de Direito do Contencioso Administrativo. Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAFDL), 2009.

____. Dar o duvidoso pelo (in)certo? Reflexões sobre o “Princípio da Precaução”, *in* GOMES, Carla Amado. Textos dispersos de Direito do Ambiente. Volume I, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAFDL), 2008, 1ª reimpressão.

____. Farsa em dois actos: Enganos e desenganos sobre o artigo 18º da Lei 83/95, de 31 de agosto, *in* GOMES, Carla Amado. Textos dispersos de Direito do Contencioso Administrativo. Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAFDL), 2009.

____. O ambiente como objecto e os objectos do Direito do Ambiente, *in* GOMES, Carla Amado. Textos dispersos de Direito do Ambiente. Volume I, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAFDL), 2008, 1ª reimpressão.

____. O artigo 4º do ETAF: Um exemplo de *Creeping Jurisdiction?*, *in* GOMES, Carla Amado. Textos dispersos de Direito do Contencioso Administrativo. Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAFDL), 2009

____. O Direito ao Ambiente no Brasil: Um olhar português, *in* GOMES, Carla Amado. Textos dispersos de Direito do Ambiente. Volume I, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAFDL), 2008, 1ª reimpressão.

____. Textos dispersos de Direito do Contencioso Administrativo. Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAFDL), 2009.

GOMES, Fábio. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3.

GOMIS CATALÁ, Lucía. Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente. Prólogo de Ramón Martín Mateo, Elcano (Navarra), Editorial Aranzadi S.A., 1998.

GONÇALVES, Pedro António Pimenta Costa. A acção administrativa comum, *in* A reforma da Justiça Administrativa. Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

____. Os meios de tutela perante os danos ambientais provocados no exercício da função administrativa, *in* Actas do I Congresso de Direito do Ambiente, Número especial de Lusíada – Revista de Ciência e Cultura, Porto, 1997

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. La legitimación activa en el processo administrativo, *in* Revista de Derecho Procesal, Segunda Epoca, 1956, n.º 1.

GORDILLO, Agustin A. Teoria General del Derecho Administrativo. Madrid, Instituto de Estudios de Administración local, 1984.

____. Tratado de Derecho Administrativo: La defensa del usuario y del administrado, tomo 2. Belo Horizonte, Del Rey, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, quinta edición, VI-34.

GRAF, Ana Cláudia Bento. A tutela dos Estados sobre as águas. *in* FREITAS, Vladimir Passos de. Águas: Aspectos jurídicos e ambientais. Curitiba, Juruá Editora, 2000.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito de águas e ambiente. São Paulo, Editora Ícone, 1993.

GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil. Tomo primero. Madrid, Editorial Civitas S.A., 1998, 4ª edición, revisada y adaptada a la legislación vigente por Pedro Aragoneses.

____. Derecho Procesal Civil. Tomo primero. Madrid, Institutos de Estudios Políticos, 1977, 3ª edición, 2ª reimpresión.

GUILLOT, Philippe Ch.-A. Droit de l'environnement. Paris, Ellipses, Collection Universités Droit, 1998.

GUIMARÃES, Mário. O Juiz e a Função Jurisdicional. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1958, 1ª edição.

HÄBERLE, Peter. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Traducción: Joaquín Brage Camazano, Madrid, Dykinson, 2003.

_____. Le libertà Fondamentali nello Stato Costituzionale. Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1993.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: Entre facticidade e validade, volume II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler – UGF, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.

_____. Faktizität und geltung: Beiträge zur diskurstheorie der offenen gesellschaft. Traducción Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Editorial Trotta, 2001. HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Introducción y traducción de Manuel Jiménez Redondo.

_____. O discurso filosófico da modernidade. Lisboa, Publicações Dom Quixote, 1990, 1ª ed.

HADFIELD, Brigid. Judicial Review, *in* Digest of Northern Ireland Law. Belfast, [SLS Legal Publications \(NI\)](#), 1995.

HARDIN, Garret. The Tragedy of the Commons, *in* Science. 162, ano de 1968.

HAURIOU, Maurice. Précis Élémentaire de Droit Administratif. Paris, Sirey, 1943, 5ª ed.

_____. Précis de Droit Administratif et de Droit Public. Paris, Dalloz, 2002, 12ª ed.

HENRIQUES, Sofia. A tutela cautelar não especificada no novo contencioso administrativo português. Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

HERRARTE, Iñaki Lasagabaster; URETA, Agustín García e IÑIGO, Lazcano Brotóns. Derecho Ambiental: Parte General. Bilbao, 2007, segunda edición.

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

_____. La interpretación constitucional, *in* HESSE, Konrad. Escritos de derecho constitucional. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HOUGHTON, J. T.; JENKINS, G. J. e EPHRAUMS, J. J. (eds.) Climate change. Cambridge. Cambridge University Press. 1990.

HUNTER, David; SALZMAN, James e ZAELKE, Durwood. International environmental law and policy. New York, Foundation Press, 2002.

IGLESIAS, Juan. Derecho Romano: história e instituciones. Barcelona, Editorial Ariel S.A, undécima edición.

IRELLI, Vincenzo Cerulli. Corso di Diritto Amministrativo. Torino, G. Giappichelli Editore, 2002, ristampa aggiornata al 31 dicembre 2001.

_____. La Riforma della Giustizia Amministrativa: Considerazioni Introduttive, *in* IRELLI, Vincenzo Cerulli. Verso il nuovo Processo Amministrativo. Torino, G. Giappichelli Editore, 2000.

J.A. d'Ors. Derecho Privado Romano. Novena edición. España/Pamplona: Universidad de Navarra, 1997.

JAQUENOD ZSÖGÖN, Silvia. El derecho ambiental y sus principios rectores. DYKINSON, S. L., 1991, tercera edición.

JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Prólogo y traducción de Fernando de Los Ríos. México: Fondo de Cultura Económica. Primera edición en español, 2000.

JHERING, Rudolf Von. A Luta pelo Direito. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1995, 15ª ed.

_____. O espírito do Direito Romano: Nas diversas fases de seu desenvolvimento. Trad. de Rafael Baneion. Rio de Janeiro: Alba, 1943. v. I.

JORDANO FRAGA, Jesús. La protección del derecho a un medio ambiente adecuado. Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1995.

JUCOVSKY, Vera Lucia R. S. O papel do Juiz na defesa do meio ambiente, *in* Lusíada – Revista de Ciência e Cultura. Universidade Lusíada – Porto, Coimbra Editora, Série de Direito, números 1 e 2, 1999.

JUSTE RUIZ, José. Derecho Internacional del Medio Ambiente. Madrid, McGraw-Hill, 1999.

KANT, Emanuele. La dottrina del diritto. Milano, 1916.

KASER, Max. Direito Privado Romano. Trad. de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle e revisão de Maria Armanda de Saint-Maurice. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999.

KISS, Alexandre; BEURIER, Jean-Pierre. Droit International de L'Environnement. Paris, Editions A. Pedone, 2004, troisième édition.

- KUHN, T. S. La estructura de las revoluciones científicas. Traducción de Agustín Contin. México: F. C. E., 1971.
- KUNKEL, Wolfgang. Historia del derecho romano. Traducción de la cuarta edición alemana por Juan Miguel. España, Barcelona: Ariel, 1999.
- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki; GARCÍA URETA, Agustín; LAZCANO BROTONS, Iñigo. Derecho ambiental: Parte General. Bilbao, 2007, segunda edición.
- LAUBADÈRE, André de. Manuel de Droit Administratif. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, Troisième Édition.
- LAZZARINI, Álvaro. Estudos de Direito Administrativo. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, 2ª ed.
- LEIBAR, Iñaki Esparza. El principio del processo debido. Barcelona, Bosch, 1995.
- LEITÃO, António Amaro. Tal Pai Tal Filho: Os caminhos cruzados do Principio do Poluidor Pagador e da Responsabilidade Ambiental, *in* Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente. Coimbra, Almedina, Instituto de Direito do Urbanismo e do Ambiente, LDA. (IDUAL), números 23/24, janeiro/dezembro de 2005.
- LEITE, José Rubens Morato. Dano Ambiental: Do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.
- LIAÑO GONZALEZ, Fernando Gomez. El Proceso Civil. Oviedo, Editorial Forum, S.A., 2ª edición, ampliada y puesta al día.
- LIBSTER, Maurício Héctor. Delitos Ecológicos. Buenos Aires, Depalma, 2000, 2ª edição.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile, *in* Problemi del processo civile. Milão: Morano, 1962.
- _____. Manuale di Diritto Processuale Civile. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1955, v. I.
- _____. Manuale di Diritto Processuale Civile, v. I. Ristampa della quarta edizione. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1984.
- LIMA, Maria Rosynete Oliveira. Devido processo legal. Porto Alegre, Safe, 1999.
- LOBO, Carlos Baptista. Imposto Ambiental: Analise Juridico-Financeira, *in* Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente. Número 2, 1994.

LOCKE, J.L. **The devoicing of society: why we don't talk to each other anymore.** New York, 1998.

LOPEZ PELLICER, Jose A.. Lecciones de Derecho Administrativo, I. Murcia, PPU, 1987.

____. Lecciones de Derecho Administrativo, II. Murcia, Diego Marín Librero-Editor, 1998, segunda edición.

LOZANO CUTANDA, Blanca. Derecho Ambiental Administrativo. Madrid, DYKINSON, 2009, 10ª edición.

LYRA, Marcos Mendes. Dano Ambiental *in* Revista de Direito Ambiental. São Paulo, ano 2, volume 8, outubro/dezembro de 1997.

LUCARELLI, Fábio Dutra. Responsabilidade Civil por Dano Ecológico *in* Revista dos Tribunais. São Paulo, número 700, fevereiro de 1994.

LUGARESI, Nicola. Diritto dell'ambiente. Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 2002.

MACHADO, Jónatas E. M. Breves considerações em torno do âmbito da Justiça Administrativa, *in* A reforma da Justiça Administrativa. Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. São Paulo, Malheiros Editores, 2009, 17ª edição, revista, atualizada e ampliada.

MACHETE, Rui Chancerelle de. Estudos de Direito Público. Coimbra, Coimbra Editora, fevereiro de 2004.

MADDALENA, Paolo. Danno all'ambiente e responsabilità. Atti del Convegno di S. Miniato, Pádua, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1992.

____. Danno pubblico ambientale. Rimini, Maggioli Editore, 1990.

MAITRE, Grégory. La responsabilité civile à l'épreuve de l'Analyse Économique du Droit. Préface de Horata Muir Watt, Defrénois – Gualino – Joly, LGDJ, Montchrestien, La Collection "Droit & Économie".

MARCHELLO, Francesco; PERRINI, Marinella e SERAFINI, Susy. Diritto Dell'Ambiente. Napoli, Edizioni Giuridiche Simone, 2004, VI edizione.

MARINONI, Luiz Guilherme. A antecipação de tutela. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 1996.

____. Teoria Geral do Processo. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, 3ª edição, revista e atualizada.

____. Tutela Inibitória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 3ª ed., rev. ampl. e atual.

MARSHALL, Tony. The evolution of Restorative Justice in Britain. *In European Journal of Criminal Law & Criminology*. n. 4, 1996.

MARTIN, Gilles. Le concept de risque et la protection de l'environnement: Évolution parallèle ou fertilisation croisée?, *in* PRIEUR, M. Les Hommes et l'Environnement: Études en hommage à A. Kiss. Paris, Frison Roche, 1998.

MARTÍN MATEO, Ramón. Manual de Derecho Administrativo. Madrid, Editorial Trivium S.A., 1999, vigésima edición.

____. Manual de Derecho Ambiental. Navarra, Elcano, Editorial Aranzadi, 2003, 3ª Edición.

____. Tratado de Derecho Ambiental. Volumen I. Madrid, Editorial Trivium S.A., 1991, primera edición.

____. Tratado de Derecho Ambiental. Tomo IV, Madrid, Edisofer S.L., 2003, actualización.

MASHAW, Jerry L. Due Process in the Administrative State. New Haven and London, Yale University Press, 1985.

MAY, Gaston. Éléments de Droit Roman. Dix-huitième édition. Paris: Libraire du Recueil Sirey, 1935.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público na Constituição de 1988. São Paulo, Editora Saraiva, 1996, 3ª edição.

MENCHINI, Sergio. I limiti oggettivi del giudicato civile. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., 1987.

MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. A morte da quebra de paradigma?, *in* Revista da Associação do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Associação do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (Brasil), 2008.

____. Da pretensão à tutela jurídica e dos aspectos referentes à relação jurídica processual, *in* CDRom da Revista Forense, vol. 355, 2001.

____. Da sentença constitutiva de falência, *in* *Juris Síntese Millennium*, set./out. 2002.

____. Efetividade processual a qualquer custo?, *in* *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. V. 30, n. 64, julho/dezembro de 2006.

____. Embargos à Execução: Sentença de Procedência e Improcedência. Curitiba, Juruá Editora, 2009, 2ª edição, 1ª reimpressão, revista e atualizada.

____. Exegese do inciso VI do artigo 84 da Carta Magna, *in* *Revista Forense*, Volume 375. São Paulo, Editora Revista Forense, setembro/outubro de 2004, p. 63 e segs., *in CDROM* da Revista Forense. Volume 368.

____. Teoria Geral do Processo: O Processo como Serviço Público. Curitiba, Editora Juruá, 2008, 2ª edição.

____. Teoria Geral do Processo: O Processo como Serviço Público. Curitiba, Editora Juruá, 2009, 3ª edição, revista e atualizada.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Malheiros Editores, 2001, 14ª ed.

MENDES, Gilmar Ferreira. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília, Brasília Jurídica, 2002.

MENDES, João de Castro. Direito Processual Civil. V. 1. Apontamentos das lições dadas ao 4ª ano de 1973-1974 pelo autor, redigidos com a colaboração do assistente Dr. Armino Ribeiro Mendes. Lisboa, 1973.

____. Direito Processual Civil. Volumes I e II. Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, Edição da Associação Académica da Faculdade de Direito, Apontamentos das lições dadas ao 4º ano jurídico de 1966-1967, 1966.

MENDES, Paulo de Sousa. Vale a pena o Direito Penal do Ambiente? Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000, 1ª impressão.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Da ação civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

MEZZETTI, Luca. Manuale di Diritto Ambientale. Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 2001.

MICHEL, Gian Antonio. Curso de Derecho Procesal Civil. Volumen I. Traducción de Santiago Sentís Melendo, traducción del primer volumen de la obra "*Corso di*

Diritto Processuale Civile", publicada por Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1959, Impreso en Argentina, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1970.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários à Constituição de 1946. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, 3ª ed. revisada e aumentada.

_____. Tratado das ações. Campinas: Bookseller, 1998. Tomo I. 1ª ed. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves.

MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais: Introdução Geral. Apontamentos das aulas, Lisboa, 1999.

_____. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 4ª edição, revista e actualizada.

MIRANDA, Jorge. Uma perspectiva constitucional da reforma do contencioso administrativo, *in* Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles. V, Coimbra, 2003.

MOLINARO, Carlos Alberto. Direito ambiental: Proibição de Retrocesso. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2007.

MONCADA, Luis Cabral. O ambiente e a relação jurídica administrativa, *in* Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente. Coimbra, Almedina, publicação semestral, números 29 e 30, janeiro/dezembro de 2008.

MONSALVE, Julio César Rodas. La protección penal del ambiente y función simbólica del derecho penal. *In* Revista del Instituto de Ciencias Penales y Crimonologicas. Derecho Penal y Crimonologia. N. 51, Volume XV, Colombia, 1993.

MONTESQUIEU. De L'Esprit des Lois. Vol. I, Paris, Garnier-Flammarion, 1979.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo, Editora Atlas S.A., 2004, 15ª edição.

MORELL OCAÑA, Luis. Curso de Derecho Administrativo, tomo II. Pamplona, Aranzadi Editorial, 1999, cuarta edición.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Ação Civil Pública e a Língua Portuguesa, *in* MILARÉ, Édis (coord.). Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MOREIRA, Luciana Ribeiro Lepri. Direito Ambiental: Legitimação e atuação do Ministério Público. Curitiba, Juruá Editora, 2005, 1ª edição, 2ª tiragem.

- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo: Parte Introdutória, Parte Geral e Parte Especial. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1976, 3ª edição.
- MOREY JUAN, Andrés. Lecciones de Derecho Administrativo. Valencia: Fundación Universitaria San Pablo C.E.U., 1998.
- MUNHOZ, José Caetano Ferreira. Curso de Processo Civil, Procedimentos e Medidas Cautelares. Abrial, Robe Editorial.
- NADER, Paulo. Filosofia do direito. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1995.
- NEVES, Castanheira. O papel do jurista no nosso tempo. *In* Digesta. Volume I. Coimbra, Coimbra Editora, 1995.
- NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: Do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito. Coimbra, Coimbra Editora, 1987.
- OLIVEIRA, Marcela Andrade Cattoni de. Prestação jurisdicional e Estado Democrático de Direito, *in* Revista Brasileira de Estudos Políticos. Julho de 1997, n. 85.
- OLIVEIRA FILHO, Benjamim de. Introdução à Ciência do Direito. Rio de Janeiro, José Konfino Editor, 1973, 5ª ed.
- OST, François. A natureza à margem da lei: A Ecológica à prova do Direito. Tradução de “*La nature hors la loi*” por Joana Chaves, Lisboa, Instituto Piaget, 1995.
- OTERO, Paulo. O poder de substituição em Direito Administrativo – Enquadramento dogmático-constitucional. Lisboa, Editora Lex, 1995.
- PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino. Teoria Geral do Processo. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2002.
- PALMA, Maria Fernanda. Do ensino histórico do Direito Penal na Universidade Portuguesa à actual questão metodológica. *In* Revista Portuguesa de Ciência Criminal. 1999.
- PARDO, José Esteve. Derecho del Medio Ambiente. Madrid - Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2005.

PARDOLESSI, Roberto. Il problema degli interessi collettivi e i problemi dei giuristi, *in* GIANNINI, Massimo Severo. Le azioni a Tutela di Interessi Collettivi. Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1976.

PAREJO ALFONSO, Luciano. Derecho Administrativo. España, Barcelona, Editorial Ariel, S. A., 2003, 1ª edición.

PEREIRA, Paulo Affonso Soares. Rios, Redes e Regiões: A sustentabilidade a partir de um enfoque integrado dos recursos terrestres. Porto Alegre, Editora AGE, 2000.

PEREIRA, Carlos Rui. A incriminação do aborto na reforma penal de 1991. *in* Estudos Comparativos do 150º Aniversário do Tribunal da Boa-Hora. Lisboa, Ministério da Justiça, 1995.

PETIT, Eugene. Tratado elemental de derecho romano. Buenos Aires: Albatros.

PIÇARRA, Nuno. A separação de poderes como doutrina e como princípio constitucional. Coimbra, 1998.

PONCE SOLÉ, Juli. Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad. España, Valladolid, Editorial Lex Nova, febrero 2001, 1ª edición.

PRIEUR, Michel. Droit de l'environnement. Paris, Éditions Dalloz, 1991, 2ª édition.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Lições de Direito Administrativo, v. I e II. Coimbra, 1959.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto. Constitucion de la Nacion Argentina Comentada. Zavalia Editor.

RACINE, Pierre-François. Les Grands Principes Spécifiques au Procès Administratif, *in* CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry. Droits Fondamentaux. Paris, Dalloz, 2002, 8ª ed.

RAMOS MENDEZ, Francisco. Derecho Procesal Civil, t. I Barcelona, José Maria Bosch, 1992, Quinta edición.

_____. Derecho Procesal Civil. Tomo I. Barcelona, Libreria Bosch, Biblioteca Procesal, 1986, tercera edición.

- REBOUÇAS, Aldo da Cunha. Proteção dos recursos hídricos. in BENJAMIN, Antonio Herman. (org.) Direito, água e vida (*Law, water and the web of life*). São Paulo, Imprensa Oficial, 2003, volume 2.
- REDENTI, Enrico. Diritto Processuale Civile. 3. ed. Bologna, Dott. A. Giuffrè Editore, 1980. v. 1.
- REIS, João Pereira. Lei de Bases do Ambiente: Anotada e Comentada. Coimbra, Livraria Almedina, 1992.
- REXACH, Angel Menéndez. Protagonismo del Derecho Administrativo en la prevención y tutela del medio ambiente, in AA.VV. A Tutela Jurídica do Ambiente: Presente e futuro. Coimbra, Coimbra Editora, 2005.
- RIVERO, Jean. Droit Administratif. Paris, Précis Dalloz, 1975, 7^a édition.
- ROCCO, Alfredo. La sentenza civile. Milão, 1962, 1^a ed.
- RODRIGUEZ RAMOS, Luis. Instrumentos Jurídicos Preventivos y Repressivos en la Protección del Medio Ambiente. In Documentación Administrativa. Ab.-jun. 1981, n. 190.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de Direito Processual Civil. Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, 2^a ed.
- RODRÍGUEZ, Mourullo. Limitaciones del derecho penal del medio ambiente: Alternativas político-criminales. In Tutela Jurídica do Ambiente: Presente e Futuro. I Jornadas Luso-Espanholas de Direito Penal, 2005.
- RODRIGUEZ DEVESA, José Maria. Las nuevas tendencias de la política criminal. in Estudios Penales y Criminológicos VI. Universidad de Santiago de Compostela, Secretariado de Publicaciones de La Universidad de Santiago de Compostela, 1983.
- RODRIGUEZ U., Jose. Autoridad del Juez y principio dispositivo. Prologo del Professor D. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Valencia - Venezuela, Universidad de Carabobo, Instituto de Derecho Privado y Comparado, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Stvdia 1, 1968
- ROXIN, Claus. Problemas Fundamentais de Direito Penal. Lisboa, Vega, 1986.
- RUSSOMANO, Rosah. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. rev. e atual. Freitas Bastos.

- SALSA, Claudia Pasqualini. Diritto Ambientale. Repubblica di San Marino, Dogana, Maggioli Editore, 2005, VIII edizione.
- SAN MARTIN, Jose Guerra. Lecciones de Derecho Procesal Civil. Bilbao, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Serie Manuales Universitarios 4, 1978.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Afonso. Principios de Derecho Administrativo. Volumen II. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., octubre 2002, tercera edición.
- SANTILLI, Juliana. Política Nacional de Recursos Hídricos: Princípios Fundamentais. in BENJAMIN, Antonio Herman. (org.) Direito, água e vida (*Law, water and the web of life*). São Paulo, Imprensa Oficial, 2003, volume 2.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da razão dominante: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política de transição paradigmática. Volume 1. São Paulo, Cortez Editora, 2000.
- SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, v. I. São Paulo, Editora Saraiva, 1994, 17ª ed.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2009, 10ª edição.
- SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2003, 1ª edição.
- SATA, Filippo. Giustizia Amministrativa. Padova, 1997.
- SATTA, Salvatore e PUNZI, Carmine. Diritto Processuale Civile. Padova, Cedam, 2000, tredicesima edizione, a cura di Carmine Punzi.
- SCANTIMBURGO, Julio. Elementos de Direito Administrativo. São Paulo: Max Limonad.
- SCHNEIDER, Hans Peter. **Democracia y Constitución**. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- SCHMITT, Carl. Dottrina della Costituzione. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1984.
- SCHLESINGER, William H. Biogeochemistry: an analysis of global change. London, Academic Press, 1997.
- SCHULZ, Fritz. Derecho romano clásico. Traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona, Bosch, 1960.

SENDIM, José de Sousa Cunhal. Responsabilidade civil por danos ecológicos: Da reparação do dano através de restauração natural. Coimbra, Coimbra Editora, 1998.

SENDRA, Vicente Gimeno; CATENA, Víctor Moreno; SÁNCHEZ, Pascual Sala. Derecho procesal administrativo. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2001.

SENDRA, Vicente Gimeno; CATENA, Victor Moreno; LLOBREGAT, José Garverí; SERRANO, Nicolás González-Cuéllar. Derecho procesal administrativo. Valencia, 1993.

SHIKLOMANOV, Igor. World Fresh Water Resources. *in* GLEICK, Peter H. Water in crisis: A guide to the world's fresh water resources. 1993.

SHULTZE-FIELITZ, Helmuth. "La protezione dell'ambiente nel Diritto Costituzionale Tedesco" *in* Diritto Ambientale e Costituzione. A cura di Domenico Amirante. Milão, Franco Angeli, 2000.

SICHES, Luis Recaséns. La nueva filosofía de la interpretación del derecho. México, 1950.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Comentários ao Código de Processo Civil. Volume I. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000.

____. Curso de processo civil. V. 1, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, 5ª ed.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; e GOMES, Fábio. Teoria Geral do Processo Civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Vasco Pereira da. A acção para o Reconhecimento de Direitos, *in* Cadernos de Justiça Administrativa. N. 16, julho/agosto de 1999.

SILVA, Vasco Pereira da. A acção para o Reconhecimento de Direitos, *in* SILVA, Vasco Pereira da. Ventos de Mudança no Contencioso Administrativo. Coimbra, Almedina, 2000.

____. Da protecção jurídica ambiental: Os denominados embargos administrativos em matéria de ambiente. Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAF DL), 1997.

____. Em busca do Acto Administrativo Perdido. Coimbra, Almedina, Colecção teses, 2003.

____. O contencioso administrativo no divã da psicanálise: Ensaio sobre as acções no novo processo administrativo. Coimbra, Almedina, 2009, 2ª edição actualizada.

____. Para um Contencioso Administrativo dos Particulares: Esboço de uma Teoria Subjectivista do Recurso Directo de Anulação. Coimbra, Almedina, 1989.

____. Responsabilidade Administrativa em Matéria de Ambiente. Principia, Lisboa, 1997.

____. Ventos de Mudança no Direito do Ambiente: A responsabilidade civil ambiental, *in* GOMES, Carla Amado e ANTUNES, Tiago (org.). O que há de novo no Direito do Ambiente? Actas das Jornadas de Direito do Ambiente. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAFDL), 2009.

____. Verde Cor de Direito: Lições de Direito do Ambiente. Coimbra, Almedina, 2003, reimpressão.

SIRKIS, Alfredo. Ecologia urbana e poder local. São Paulo, Ondazul, 1999.

SLAIBI FILHO, Nagib. Direito Constitucional. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2004.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. El Derecho al Medio Ambiente como Derecho Publico Subjetivo, *in* AA.VV. A Tutela Jurídica do Ambiente: Presente e futuro. Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos metodológicos e didácticos do Direito Processual Civil, *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1994.

____. Legitimidade processual e acção popular no Direito do Ambiente, *in* Direito do Ambiente. Instituto Nacional de Administração, 1994.

SOUSA, Miguel Teixeira de. A legitimidade popular na tutela de interesses difusos. Lisboa, 2003.

SOUZA, Paulo Roberto Pereira de; MILLS, Jon. Conflitos Jurídicos, Econômicos e Ambientais. Maringá, UEM, 1995.

SPOTA, Alberto G. Tratado de Derecho Civil, Tomo I. Volumen 1, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1947.

- STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Responsabilidade Civil Ambiental: As dimensões do dano ambiental no Direito Brasileiro. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004.
- STIGLER, G. The theory of price. New York, Macmillan, 3ª éd., 1966.
- STONOGA, Andreza Cristina. Tutela Inibitória Ambiental: A Prevenção do Ilícito. Curitiba, Editora Juruá, 2004.
- SUDRE, Frédéric. Droit International et Européen des Droits de L'Homme. Paris, PUF, 1999.
- TARUFFO, Michele. Il Significato Costituzionale dell'obbligo di motivazione, *in* Partecipação e Processo. Coord. Ada Pellegrini Grinover, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. v. I. Rio de Janeiro: Forense. 1996. 18ª ed.
- THOMPSON JR., Barton H. Tragically Difficult: The obstacles to Governing the Commons. 2000.
- THORAVAL, Jean. Les Grandes Etapes de la Civilisation Française. Paris, Bordas, 1978.
- TONCHIA, Teresa. Diritti dell'uomo e ambiente: La partecipazione dei cittadini alle decisioni sulla tutela dell'ambiente. Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1990.
- TORRES, Mário de Araújo. Contencioso Administrativo, *in* Textos (CEJ): Ambiente e consumo. Vol. II, Lisboa, 1996.
- TOSTES, André. Sistema de Legislação Ambiental. Rio de Janeiro, Vozes, 1994.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. São Paulo, Editora Saraiva, 2002, 4ª ed., revista e atualizada.
- TRABUCCHI, Alberto. Istituzioni di diritto Civile. Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1992, Trentesima terza edizione, aggiornata con le riforme legislative e con la giurisprudenza.
- TRAVI, Aldo. Lezioni di Giustizia Amministrativa. Torino, G. Giappichelli Editore, 2002, quinta edizione.

TROCKER, Nicolò. Tutela Giurisdizionale degli Interessi diffusi con Particolare Riguardo allá Protezione dei Consumatori contro Atti di Concorrenza Sleale: Analisi Comparativa Dell'esperienza Tedesca, *in* La Tutela degli Interessi Diffusi nel Diritto Comparato. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1976.

_____. Processo Civile e Costituzione, Problemi di diritto tedesco e italiano. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1974.

TUCCI, Rogério Lauria. Curso de Direito Processual Civil: Processo de Conhecimento. V. III. São Paulo, Saraiva, 1989.

_____. Da ação e do processo civil na teoria e na prática. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1985, 2ª ed.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Parte Geral. Volume I. São Paulo, Editora Atlas S.A., 2008, 8ª edição.

VERDE, Giovanni. Profili del Processo Civile, parte generale. 4. ed. Napoli, Jovene, 1994.

VÉSCOVI, Enrique. Teoría General del Proceso. Colombia, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis S.A., 1999, segunda edición.

VEYNE, Paul. Um arqueólogo escéptico, *in* El infrecuente Michel Foucault: Renovación Del pensamiento crítico. Bajo la dirección de Didier Eribon. Primera edición. Argentina/Buenos Aires: Letra Viva, Librería y Editorial, 2004.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. Responsabilidade civil por danos ao ambiente. Curitiba, Juruá Editora, 2006, 1ª edição, 3ª tiragem.

VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. Derecho Penal del Medio Ambiente. *In* Lecciones de Derecho del Medio Ambiente. Director Luis Ortega Álvarez. Valladolid, Editorial Lex Nova, 2000.

VICENTE RODRIGO, Ricardo de. Régimen de las infracciones y sanciones en materia medioambiental, *in* REYES LÓPEZ, María José (Coord.). Derecho Ambiental Español. Valencia, Edita Tirant lo Blanch, 2001.

WACH, Adolf. Manual de Derecho Procesal Civil, volumen I. Traducción del alemán por Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977.

WADE e FORSYTH. Administrative Law. Oxford, Oxford University Press, 2004.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer – arts. 273 e 461 do CPC, *in* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996.

WIGNY, Pierre. Droit Administratif: Principes Généraux. Bruxelles, Editions Bruylant, 1953.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. Diritto Processuale Civile. I. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1964, sesta edizione aggiornata, a cura dell'avv. Conrado Vocino.

[voltar ao índice ▲](#)

[início do texto ▲](#)

Instituto de Ciências Jurídico-Políticas

www.icjp.pt