



O DIREITO ADMINISTRATIVO NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

UM DIÁLOGO LUSO-BRASILEIRO

CARLA AMADO GOMES (FDUL)
ANA FERNANDA NEVES (FDUL)
EURICO BITENCOURT NETO (UFMG)
FABRÍCIO MOTTA (UFG)
(coordenação)





O DIREITO ADMINISTRATIVO NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

UM DIÁLOGO LUSO-BRASILEIRO



CARLA AMADO GOMES (FDUL)
ANA FERNANDA NEVES (FDUL)
EURICO BITENCOURT NETO (UFMG)
FABRÍCIO MOTTA (UFG)
(coordenação)

Edição

Instituto de Ciências Jurídico-Políticas
Centro de Investigação de Direito Público

-

www.icjp.pt

icjp@fd.ulisboa.pt

-

Março de 2019

ISBN: 978-989-8722-36-2



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa

www.fd.ulisboa.pt

Imagem da capa:

Carla Amado Gomes

-

Produzido por:

OH! Multimédia

mail@oh-multimedia.com



Conferência

O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição Brasileira de 1988 um diálogo luso-brasileiro

Realização: ICJP - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
IBDA - Instituto Brasileiro de Direito Administrativo

Coordenação: Carla Amado Gomes (FDUL); Ana Fernanda Neves (FDUL);
Eurico Bitencourt Neto (UFMG); Fabrício Motta (UFG)

Dia 16 de Outubro de 2018

Local: Sala 20.40

9H45 - Abertura

10.00h/11H15 (1ª Sessão) Conferência inaugural

Prof. Doutor Jubilado José Manuel Sérvulo Correia

11H30/13H00 (2.ª Sessão)

A expansão dos contratos da Administração Pública

Prof. Doutor Eurico Bitencourt Neto (UFMG)

Prof. Doutor Fernando Menezes (USP)

Prof. Doutor Pedro Sánchez (FDUL)

Moderação: Prof. Doutora Carla Amado Gomes (FDUL)

Pausa para almoço

14H30/16H00 (3ª sessão)

Novos desafios da legalidade administrativa

Prof. Doutor Fabrício Motta (UFG; Presidente do IBDA)

Profª. Doutora Luísa Cristina Pinto e Netto (PUC-MG)

Prof. Doutor Miguel Assis Raimundo (FDUL)

Moderação: Prof. Doutora Ana Neves (FDUL)

16H30/18H00 (4ª sessão)

Novos desafios do controle da Administração Pública

Prof. Doutor Luciano Ferraz (UFMG)

Prof. Doutor Pedro Niebuhr (UFSC)

Profª. Doutora Joana Covelo de Abreu (EDUMinho; UPT)

Moderação: Prof. Doutor Fabrício Motta (UFG)



Índice

- 7** Nota prévia

- 11** Transversalidade estrutural e unidade funcional da administração.
J. M. Sérvulo Correia

- 30** A expansão dos contratos administrativos.
Eurico Bitencourt Neto

- 56** A noção de contrato administrativo no Brasil -
Reflexão por ocasião dos 30 anos da Constituição de 1988.
Fernando Menezes de Almeida

- 76** A expansão do regime de Direito Público dos contratos
administrativos públicos.
Pedro Fernández Sánchez

- 115** Novos desafios da legalidade administrativa.
Fabrício Motta

- 130** Novos desafios da legalidade administrativa:
o caso da eficiência como princípio jurídico.
Miguel Assis Raimundo

- 144** Fundamentos para o controle consensual da
Administração Pública.
Luciano Ferraz
- 181** Para além do controle repressivo da Administração Pública.
Pedro de Menezes Niebuhr
- 206** O Mercado Único Digital e a interoperabilidade administrativa:
a proteção de dados pessoais na articulação entre administrações
públicas nacionais e as instituições e órgãos da União Europeia –
reflexões prospectivas.
Joana Covelo de Abreu



Nota prévia

No dia 16 de outubro de 2018, realizou-se na Faculdade de Direito o II Encontro luso-brasileiro de Direito Público, numa organização conjunta do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas e do Centro de Investigação de Direito Público (ambos da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa) e do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.

O Encontro teve como tema geral de reflexão o Direito Administrativo em Portugal e no Brasil, assinalando o facto de, neste último, a Constituição de 1988 comemorar trinta anos de vigência.

O Direito Administrativo - quer quanto às temáticas estruturais da organização administrativa, das situações e relações jurídicas substantivas e dos procedimento e processo administrativos, quer quanto a áreas materiais específicas - tem tido, em ambos os países, um desenvolvimento significativo. Parte importante das questões jurídicas com que é confrontado ou que é chamado a tratar tem paralelo nas duas ordens jurídicas e colocam-se em geral para além de geografias estatais particulares.

Entre estas questões figuram as: *i*) da diversificação das estruturas organizativas, da redistribuição e das formas de exercício de competências

e da reconfiguração do relacionamento intra e interadministrativo, num quadro de pluralidade intersubjetiva e intrasubjetiva; *ii*) da expansão dos contratos da Administração Pública; *iii*) dos novos desafios à legalidade administrativa – designadamente, os que a esta lhe colocam os demais princípios do Direito Administrativo¹; *iii*) e do controle da Administração Pública, seja quanto à respetiva eficácia, seja quanto ao paradigma das formas que assume.

Os textos das intervenções do Encontro — e quase todas o presente livro reúne — versam, ilustrativamente, sobre a “Transversalidade estrutural e unidade funcional da Administração” (Sérvulo Correia); sobre “O Mercado Único Digital e a interoperabilidade administrativa: a proteção de dados pessoais na articulação entre administrações públicas nacionais e as instituições e órgãos da União Europeia – reflexões prospetivas” (Joana Covelo de Abreu); sobre “O desafio que a aplicação de princípios jurídicos coloca em termos de controlo jurisdicional da legalidade administrativa” (Miguel Assis Raimundo); sobre “A expansão do regime de Direito Público dos Contratos da Administração Pública” (Pedro Fernández Sanchéz); sobre “A expansão do contrato administrativo” (Eurico Bitencourt Neto); sobre “A noção de contrato administrativo no Brasil – reflexão por ocasião dos 30 anos da Constituição de 1988 (Fernando Menezes de Almeida); sobre os “Fundamentos para o controle consensual da Administração Pública” (Luciano Ferraz); e ainda a reflexão “Para além do controle repressivo da Administração Pública (de Pedro de Menezes Niebuhr).

Paralelamente ou subjacentes aos temas tratados surgem, por um lado, novos qualificativos para o Direito Administrativo, de que se des-

1 Expressivamente, ver Antonio BARTOLINI e Alessandra PIOGGA, “La legalità dei principi di Diritto Amministrativo e il principio de legalità”, in Mauro Renna e Fabio Saitta (a cura di), *Studi Sui Principi del Diritto Amministrativo*, Milano: Giuffrè, 2012, pp. 79-90.



tacam os de um “Direito Administrativo colaborativo e cooperativo”², de um “Direito Administrativo Contratual”³, de “um novo Direito Administrativo”⁴ e, bem assim, as referências ao “paradigma da Administração Pública em linha”, da “interoperabilidade administrativa”⁵ e de uma “Administração consensual”⁶.

Sobressai, por outro lado – atento o número das normas relativas à Administração Pública e ao Direito que a rege⁷ na Constituição brasileira e na Constituição portuguesa -, a valorização da relação umbilical ao Direito Constitucional e, no caso português, em particular, o peso da “interconstitucionalidade”⁸ refletido pelo Direito da União Europeia.

Em 1893, Frank J. Goodnow escreveu: “*The great problems of modern public law are almost exclusively administrative in character*”. Independentemente do inteiro alcance desta afirmação, o autor explicava (igualmente no preâmbulo do livro, em dois volumes, *Comparative Administrative Law: an Analysis of the Administrative Systems, National and Local, of the United States of America, England, France and Germany*, G. P. Putnam’s Sons, New York, London, p. III⁹) que o estudo do Direito e da

2 Eurico Bitencourt Neto.

3 Pedro Fernández Sánchez.

4 José Manuel Sérvulo Correia considera que a expressão é enganadora, porque o “Direito Administrativo dos nossos dias mantém uma linha de continuidade com o Direito Administrativo de épocas anteriores”.

5 Joana Covelo de Abreu.

6 Luciano Ferraz.

7 Fernando Menezes de Almeida refere-se à “constitucionalização do Direito Administrativo”, na esteira de Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

8 Joana Covelo de Abreu.

9 O livro está disponível em <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=hvd.32044080048382;view=1up;seq=12>.

Ciências Administrativas implicavam necessariamente o conhecimento de outras ordens jurídicas e dos seus cultores. Cento e vinte seis anos depois continua a ser assim. O presente *ebook* e o evento que lhe serve de base confirmam esta compreensão.

Traçados os objetivos e linhas de reflexão do colóquio cumpre, por fim, deixar um agradecimento a todos os intervenientes no mesmo pela sua participação, oradores e público presente, que fomentaram um vivo debate o qual se pretende prolongar e frutificar com esta publicação.

Lisboa, Março de 2019

Os Coordenadores,

Carla Amado Gomes

Ana Fernanda Neves

Eurico Bitencourt Neto

Fabricio Motta



Transversalidade estrutural e unidade funcional da administração

J. M. SÉRVULO CORREIA¹

Resumo:

Para o A., o Direito Administrativo dos nossos dias mantém uma linha de continuidade com o Direito Administrativo de épocas anteriores: é por isso enganadora a expressão “novo Direito Administrativo”. Aquilo que temos hoje é o Direito Administrativo nascido na primeira metade do Século XIX, evolutivamente renovado de acordo com os padrões exigidos pela sociedade contemporânea. Um bom exemplo é aquilo que encontramos no ordenamento organizatório deste ramo do Direito. O clássico vetor vertical mantém relevo, mas entrecruza-se com ele uma nova estrutura transversal, assente em relações inter- e intra-administrativas, dotadas de reciprocidade e correspondentes a uma visão simultaneamente compósita e sincrética do interesse público.

¹ Professor catedrático jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogado (Sérvulo & Associados).

Palavras-chave: administração em rede; estrutura transversal; estrutura vertical; interesse público; transversalidade organizatória; transversalidade procedimental; unidade da administração.

Abstract:

According to the author, contemporary Administrative Law maintains continuity with the Administrative Law of former periods: this is why the expression “new Administrative Law” is misleading. The present day Administrative Law is still the same branch of law born in the first half of the XIX Century but having undergone an evolutive renewal required by consistency with society’s changing patterns. A good example can be found in the legal organizational system of Public Administration. In it, the classical vertical vector (hierarchy and derivatives) keeps its importance but it is nowadays intersected by a new transversal structure, formed by inter – and intra – administrative reciprocal legal relations corresponding to a simultaneously heterogeneous and syncretic conception of public interest.

Key words: Administration’s unity; administrative networks; public interest; transverse structure; transverse organizational structure; transverse procedural structure; vertical structure.

1. A organização administrativa constitui um dos principais objetos sistêmicos do Direito Administrativo geral, a par das situações jurídicas substantivas (na maioria dos casos de natureza relacional), do procedimento e do processo. É por isso importante o contributo que aquele elemento presta à conclusão (de âmbito mais geral) de que não deparamos



hoje com um “novo direito administrativo”, ou seja, um Direito totalmente separado e distinto daquilo que mereceu essa designação em fases anteriores, mas antes com o mesmo Direito Administrativo originado nos inícios do Século XIX, mas evolutivamente renovado de acordo com os parâmetros postos à função administrativa pela sociedade contemporânea. Uma mudança de cariz substitutivo teria sido aquela que erigisse uma estrutura transversal da organização administrativa em lugar da primitiva estrutura vertical. Na realidade, porém, assistimos a uma sobreposição de uma nova estrutura transversal à clássica estrutura vertical, com o enfraquecimento, mas não a desapareição, desta última.

O incremento da transversalidade na estrutura organizatória corresponde à consciência do caráter sincrético da noção de *interesse público*, anteposta como meta finalística ao desempenho da atividade administrativa [CRP, artigo 266.º, n.º 1]. A democratização da orgânica administrativa e da respetiva atividade não é mais consentânea com uma “chave algorítmica” da realidade, falsificadora da estrutura complexa e articulada desta e alheia à pluralidade das necessidades coletivas que emergem em contextos perante os quais os procedimentos decisórios se apoiam em coordenadas abertas e pluralistas, refletindo a formação dialética das políticas públicas².

Em vez de um *interesse público*, conceito auto-referencial, fator monolítico de legitimação da atuação administrativa e expressão simbólica da vontade de uma Administração unitária, há que reconhecer uma multiplicidade de *interesses públicos* postos por lei a cargo de organizações administrativas diversas. São estes que substantivam as finalidades da atuação administrativa, que podem mudar com a passagem do tempo e

2 Cfr. COMPORTI, Il Principio Di Unità Della Funzione Amministrativa, in: RENNA/SAITA (org.), Studi Sui Principi del Diritto Amministrativo, Milano: Giuffrè, 2012, p. 309; MARIA DA GLÓRIA GARCIA, Direito das Políticas Públicas, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 135 ss.

cujo sentido preciso depende as mais das vezes de um discurso argumen-
tativo concretizador passível de controvérsia³.

No decurso do Século XX, a doutrina portuguesa, aí relevando o con-
tributo dogmático de MARCELLO CAETANO, elaborou com felicidade o con-
ceito de *atribuições*, sobreposto como meta finalística às competências
dos órgãos⁴. Nada impede que a lei confira múltiplas atribuições a uma
mesma pessoa coletiva. No caso das pessoas de população e território,
isso é assim de preceito, uma vez que não podem deixar de ser múltiplos
os interesses que para uma comunidade resultam da inclusão numa base
territorial. À medida, porém, que se aprofunda e diversifica o leque de
facetas de certas necessidades sentidas em comum na coletividade e dos
modos de lhes responder institucionalmente, a tendência é a de criar
unidades administrativas especializadas, dotadas, na maioria dos casos,
de personalidade coletiva de direito público.

A multiplicação de pessoas coletivas públicas administrativas (e o
aumento dos casos em que pessoas coletivas de direito privado se obri-
gam para com uma pessoa coletiva pública a colaborar na prossecução
de atribuições desta última, com a inerente outorga de competências
administrativas a algum ou alguns dos respetivos órgãos) gera uma du-
pla consequência no domínio dos posicionamentos mútuos de ordem
estrutural: a *atenuação dos nexos de verticalidade* e o *incremento dos
nexos transversais*.

3 Cfr. MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18.ª ed., München: C.H. Beck, 2011, p. 5.

4 Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, I, 10.ª ed., Lisboa: Coimbra Editora, 1972, pp. 202, 203 e 213. Pelo menos desde o Código Administrativo de 1936/40, artigo 363.º, a lei portuguesa comina com nulidade os atos estranhos às atribuições da pessoa coletiva e com anulabilidade os atos que enfermem de mera incompetência [CPA, artigos 161.º, n.º 2, b), e 163.º, n.º 1].



Note-se que o incremento da transversalidade entre estruturas organizatórias se não dá apenas no plano das relações inter-administrativas, mas igualmente no das relações intra-administrativas, graças a fórmulas (contratuais ou não) de coordenação e colaboração concertada entre órgãos da mesma pessoa coletiva⁵.

2. *O interesse público*, na acepção abstrata do bem comum cuja prossecução está ao alcance da Administração Pública e constitui seu dever, diversifica-se crescentemente graças ao aprofundamento da complexidade socio-política e técnica das comunidades territoriais. No plano organizatório, a consequência materializa-se quer na multiplicação dos entes administrativos, quer na especialização de segmentos orgânicos no seio das pessoas coletivas. A verticalidade que, na concepção clássica, assegurava a unidade organizatória e funcional da Administração não desaparece, mas atenua-se.

No Direito português, a verticalidade organizatória não se desvanece graças à multiplicação das pessoas coletivas incumbidas do exercício da função administrativa, à diversificação dos respetivos tipos e à destrição entre competências materiais dos órgãos de cada ente e dos serviços que os assistem. Da permanência e relevo do *fator vertical* na arquitetura organizatória dão-nos, designadamente, testemunho o *artigo 182.º, CRP*, quando qualifica o Governo como “o órgão superior da administração pública”, e o *artigo 199.º, alínea d), CRP*, que lhe confere, nessa qualidade, o poder-dever de “dirigir os serviços e a atividade da administração

5 Cfr. ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos Inter-administrativos*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 16; BITENCOURT NETO, Eurico, *Concertação Administrativa Interorgânica – Direito Administrativo E Organização No Século XXI*, São Paulo: Almedina, 2017, pp. 15-17.

direta do Estado, civil e militar, superintender na administração indireta e exercer a tutela sobre a administração autónoma”.

A capacidade de imprimir – de cima para baixo – um rumo à atividade administrativa dos serviços, tanto na generalidade como na especialidade, atinge o seu maior grau graças à existência de relações intra-administrativas de *hierarquia*, das quais o *poder de direção*, a que alude o *artigo 199.º, alínea d), CRP*, representa o elemento mais poderoso, por implicar a faculdade de dar ordens, a par das de revogar e de substituir a decisão do subalterno⁶.

A *verticalidade* atenua-se, porém, quando, em vez de relações intra-orgânicas de natureza hierárquica no seio de uma pessoa coletiva de população e território, se trata de relacionamento entre uma pessoa coletiva titular de poderes de superintendência e, ou, tutela e outra a eles sujeita⁷. A superintendência e a tutela administrativa pressupõem um grau de antonomia da pessoa sobre a qual tais poderes incidem e consistem – como observava MARCELLO CAETANO, referindo-se à tutela – em fórmulas resultantes do enfraquecimento de poderes hierárquicos pela autonomia⁸. Por outro lado ainda, não existe *verticalidade*, como linha arquitetónica da estrutura organizatória da Administração assente no poder de guiar ou condicionar no exercício de autoridade o rumo de atuação de outro ente administrativo, quando se trata do posicionamento recíproco de pessoas coletivas da administração indireta ou da

6 Nos termos do artigo 3.º, n.º 2, da Lei n.º 4/2004, de 15 de janeiro, no âmbito dos poderes hierárquicos incluem-se, nomeadamente, os poderes de direção, substituição e revogação.

7 Sobre a natureza das relações intersubjetivas de tutela administrativa e de superintendência, v. JOÃO CAUPERS / VERA EIRÓ, *Introdução ao Direito Administrativo*, 12.ª ed., Lisboa: Âncora Editora, 2016, pp. 163 a 165.

8 Cfr. Manual de Direito Administrativo, I, cit., p. 231.



administração autónoma. E o mesmo se diga quando se trata de órgãos ou serviços de uma só pessoa coletiva, nenhum dos quais disponha de poderes de autoridade sobre o outro.

3. Nas situações de atenuação ou inexistência de nexos de verticalidade entre pessoas coletivas votadas ao exercício da função administrativa, avulta o risco de quebra da *unidade da administração*. Segundo o legislador português, “o princípio da unidade e eficácia da ação da Administração Pública consubstancia-se no exercício de poderes hierárquicos, nomeadamente os poderes de direção, substituição e revogação e nas inerentes garantias dos destinatários dos atos praticados no âmbito destes poderes” [Lei n.º 4/2004, de 15 de janeiro, artigo 3.º, n.º 2]. O problema reside, porém, em saber qual a medida em que é possível (e interessa) assegurar a *unidade da administração* no que toca à atuação de órgãos ou serviços não sujeitos a um mesmo poder hierárquico. Perante essas realidades, põe-se a questão da propriedade do conceito de “Organização Administrativa”, cabendo perguntar se não será mais apropriado falar em “organizações administrativas”.

Como se observou já, a CRP resguarda um papel próprio a uma administração direta do Estado estruturada sob o poder de direção do Governo. E este poder de direção pressupõe uma organização hierárquica em que os serviços se ordenam “em unidades que compreendem subunidades de um ou mais graus e podem agrupar-se em grandes unidades, escalonando-se os poderes dos respetivos chefes de modo a assegurar a harmonia de cada conjunto”⁹. Este modelo preside tam-

9 Cfr. MARCELLO CAETANO, Manual de Direito Administrativo, I, cit., p. 245.

bém, em escala progressivamente reduzida, às administrações diretas das regiões autônomas e das autarquias locais.

Uma administração direta hierarquicamente estruturada sempre existirá no âmbito de cada pessoa coletiva de população e território por muito que viessem a prevalecer políticas neo-liberais visando, designadamente, reduzir a orgânica administrativa do Estado a proporções minimalistas. É no entanto certo que se encontra nos nossos dias em retrocesso por se dar preferência à reserva de atribuições específicas a pessoas coletivas públicas de índole especializada. Em face deste fenómeno, a questão não reside no desaparecimento de uma administração direta de estrutura vertical graças ao exercício em cascata dos poderes hierárquicos dos dirigentes. Aliás, as próprias estruturas personalizadas situadas na área da administração indireta assentam em geral em relações de hierarquia entre alguns dos seus órgãos e os respetivos serviços e agentes.

O problema não reside portanto na persistência de uma administração direta hierarquizada, imprescindível ao funcionamento do Estado-Administração, mas no seu peso relativo em face da composição da administração indireta e do volume de competências da administração autónoma. Em paralelo, discute-se também a distribuição de recursos entre estes três planos do universo administrativo. E, por detrás destas questões mais imediatas, avulta a dúvida sobre a renovada vitalidade do princípio da unidade da administração ou a sua caducidade como resultado do pluralismo organizatório e dos graus de autonomia de muitas das suas unidades.

4. São conhecidos os lados negativos da tradicional estrutura monolítica da Administração estadual, já intentada no último período da monar-



quia absoluta, adotando depois como modelo o sistema imperial napoleônico e idealizada por MAX WEBER em torno da ideia da racionalidade da burocracia. Os descendentes planos das estruturas hierárquicas desempenham funções de coordenação e comunicação, assegurando a circulação da informação ao serviço do núcleo decisório concentrado no vértice da pirâmide e a particularização e execução da vontade formada a esse nível cimeiro. A tutela administrativa, muitas vezes não circunscrita ao plano da legalidade, quando não (como sucedeu durante a vigência do Código Administrativo de 1936-40) acompanhada da atribuição ao mesmo suporte das concomitantes qualidades de órgão do Estado e de órgão da autarquia local¹⁰, assegurava de certo modo a extensão da base da pirâmide organizatória unitária às estruturas tendo por substrato as populações locais.

No entanto, quanto mais abrangente a estrutura piramidal unitária da organização administrativa, mais difícil se torna para o vértice decisório ordenar a informação proveniente dos níveis subjacentes e conseguir que as linhas axiais das políticas públicas por ele adotadas sejam concretizadas e efetivamente levadas a cabo com fidelidade.

Por outro lado, o “défice estrutural” da administração direta hierarquizada acentua-se na medida em que esta não disponha de meios jurídicos para assegurar a coordenação com as restantes entidades administrativas para efeito da unidade e eficácia da ação administrativa, ainda que sem prejuízo do respeito dos graus de autonomia institucional titulada não apenas pela administração local, mas também pela administração

10 Sobre a dupla função, na vigência do Código Administrativo de 1936-40, do Presidente da Câmara Municipal (livremente nomeado pelo Governo) enquanto cabeça da administração municipal como órgão da autarquia e enquanto representante do Governo com a qualidade de “magistrado administrativo”, v. MARCELLO CAETANO, Manual de Direito Administrativo, I, cit., p. 334.

indireta¹¹. O problema da unidade no exercício da função administrativa coloca-se não só a este propósito, mas também no que respeita a um défice de coerência ou consistência na prossecução dos múltiplos interesses públicos pela miríade de pessoas coletivas às quais o ordenamento jurídico aponta tais interesses enquanto atribuições, em muitos casos de exercício obrigatório¹² e entre as quais se não estruturam relações jurídicas-administrativas típicas. É a propósito destas manifestações de défice institucional na articulação entre todos os sujeitos administrativos que se justifica nos nossos dias um particular esforço da doutrina para o efeito de um tratamento dogmático ordenador da figura da *transversalidade* no relacionamento inter- ou intraadministrativo de estruturas, personalizadas ou não, incumbidas do exercício da função administrativa.

5. A *transversalidade* inter- ou intraadministrativa não se afirma como modo de substituir integralmente a *verticalidade* de estruturas organizatórias. Ela consiste antes na *interação, desacompanhada de poderes de direção, entre pessoas coletivas ou órgãos não interligados em um relacionamento hierárquico, com o fito de promover a otimização dos respetivos contributos conjugados para a realização de atribuições coincidentes ou colidentes*. O princípio do Estado de Direito, imbuído pelo valor da racionalidade no exercício do poder público¹³, força a Administração a

11 Cfr. THOMAS GROSS, Die Verwaltungsorganisation als Teil organisierter Staatlichkeit, in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHLE (Org.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, I, München: C.H. Beck, pp. 880 e 881.

12 Sobre a diferença entre atribuições de exercício obrigatório e atribuições de exercício facultativo, v. MARCELLO CAETANO, Manual de Direito Administrativo, I, cit., p. 203.

13 Cfr. KATHARINA SOBOTA, Das Prinzip Rechtsstaat, Tübingen: Mohr Siebeck, 1997, pp. 49 a 53 e 64/65; REIS NOVAIS, Jorge, Contributo Para Uma Teoria Do Estado De Direito, Coimbra: Almedina, 2006, pp. 92 e 203 ss.



tomar decisões coerentes enquanto complexo de “Administrações”. Mas, embora tal meta seja servida pela especialização e pela participação democrática (nas estruturas em que esteja institucionalizada), a sua consecução é, em contrapartida, dificultada pela desmultiplicação do aparelho administrativo em pessoas coletivas especializadas ou representativas de diferentes estratos populacionais, ou em órgãos ou serviços especializados em razão de interesses públicos distintos¹⁴.

Deste modo, a *unidade da Administração* evolui de princípio respeitante a uma estrutura organizatória unitária, hierarquizada e omnicompetente para um princípio dirigido à função administrativa, à qual exige coerência e eficácia não obstante a multiplicidade e os graus de autonomia das pessoas coletivas ou órgãos envolvidos.

À dogmática administrativa cabe identificar na medida do possível os modos e os sujeitos de interação, reconstituindo, em cada momento e em face de cada ordenamento ou de ordenamentos multinivelados, o conjunto dos nexos de *transversalidade* alternativos ou complementares da *verticalidade* hierarquizada. Vistas em conjunto, as relações jurídicas inter- ou intraadministrativas em que se materializa a *transversalidade* integram a *administração em rede*. Ajuda a compreender o perfil deste novo conceito do Direito Administrativo a definição de *rede* oferecida por SCHMIDT-ASSMANN: “Fórmula descritiva respeitante às relações entrecruzadas que produzem efeitos independentemente dos limites tradicionais (estadual/não estadual; nacional/internacional) e sem hierarquias previamente estabelecidas”¹⁵. A *rede* surge nos campos das ciências sociais

14 Cfr. JESTAEDT, Grundbegriffe des Verwaltungsorganisationsrechts, in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHLE (org.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, I, München, C. H. Beck, 2006, pp. 891 s.

15 Cfr. Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Tübingen: Mohr Siebeck, 2013, p. 139.

e económicas como uma nova espécie de organização flexível e apta a captar as realidades relevantes para a formação das decisões. Não se trata de uma única forma estrutural, caracterizada pela permanência de atuação, mas de modos de cooperação entre organizações ou no respetivo seio e que podem ser institucionalizadas, nomeadamente, através de procedimentos, contratação ou concertação ou canais organizatórios, designadamente a nível de órgãos colegiais de procedência mista ou ainda de fórmulas associativas¹⁶.

6. Na atuação conjugada de diversas estruturas administrativas que não se encontrem organizadas pela via hierárquica nem através de relações de superintendência ou tutela administrativa (formas estas mais ou menos vincadas de posicionamento recíproco vertical), podemos distinguir como *modelos de relacionamento transversal*, por um lado, aqueles que mantêm *carácter organizatório* e, pelo outro, os que operam segundo uma *via procedimental*. Para além destas soluções, merece um lugar à parte a *forma contratual*, porquanto, passando também por um percurso procedimentalizado, culmina na utilização do instituto do contrato como atividade administrativa destinada, a par da forma do ato administrativo, a instituir situações jurídicas substantivas inter- ou intra-administrativas¹⁷.

16 Cfr. THOMAS GROSS, Die Verwaltungsorganisation als Teil organisierter Staatlichkeit, cit., p. 847.

17 O movimento geral de procedimentalização da atividade administrativa veio a manifestar-se não apenas no campo dos contratos públicos sujeitos à aplicação do CCP mas em procedimentos especiais constantes de legislação dispersa respeitante à formação de outros contratos da administração. Os contratos interadministrativos são em princípio “contratos públicos” por força do disposto pelo artigo 1.º, n.º 2, do CCP. Mas constituem “contratação excluída” da aplicação da Parte II deste diploma – precisamente aquela que disciplina o procedimento pré-contratual – sempre que o respetivo objeto abranja prestações que não estejam nem sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado (CCP, artigo 5.º, n.º 1). Sobre este assunto, cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, A Formação Dos Contratos Públicos – Uma Concorrência Ajustada Ao Interesse Público, Lisboa: AAFDL, 2013, p. 444; ALEXANDRA LEITÃO, Contratos Interadministrativos, cit., pp. 118 e 123.



7. A *transversalidade* pode lograr-se, segundo uma *metodologia predominantemente organizatória*, de diversas maneiras, de entre as quais destacamos o associativismo de entes administrativos, a composição multirepresentativa de órgãos colegiais, as competências conjuntas e os serviços de prestação de colaboração.

O *associativismo de pessoas coletivas públicas* permite às entidades participantes coordenar a prossecução de certas atribuições comuns e atingir, pela ponderação, a concordância prática entre interesses parcialmente divergentes. Estas associações possuirão necessariamente órgãos participados pelas entidades associadas ou seus representantes que, através do debate em comum, procurarão desenhar fórmulas ponderativas de otimização conjugada dos interesses parcelares à luz do interesse público mais abrangente que constitua o escopo da pessoa coletiva integradora. É, por exemplo, esse o caso do conselho metropolitano - o órgão-deliberativo da área metropolitana – quando define e aprova as opções políticas e estratégicas deste tipo de associação pública de autarquias locais (Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, artigos 63.º, n.ºs 1 e 2, e 71.º, n.º 1, alínea b)).

Mas também em pessoas coletivas públicas desprovidas de natureza associativa poderão existir órgãos colegiais constituindo um mecanismo representativo graças ao qual pessoas coletivas públicas participantes possam conciliar a prossecução de interesses públicos diferenciados em razão das matérias de especialidade de cada uma ou de distintas imputações territoriais. Estas operações terão como substrato a realização do ou dos interesses públicos mais abrangentes que constituam o escopo da entidade à qual pertença um tal órgão deliberativo¹⁸.

18 Cfr. THOMAS GROSS, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, cit., pp. 260 e 267.

A *competência conjunta* constitui também um modo de relacionamento interorgânico transversal. Ela verifica-se quando a lei exige intervenção constitutiva de dois ou mais órgãos para que um ato possa ser praticado. O exemplo mais frequente é o da participação constitutiva conjunta de dois membros do governo como forma necessária de decisão sobre certa matéria¹⁹. Não se trata aqui da “coordenação concomitante” do exercício de competências diversas envolvendo a prática sincronizada de diferentes decisões por distintas autoridades²⁰. Essa solução reveste, no Direito português contemporâneo, a forma da conferência procedimental de ordenação (CPA, artigo 77.º, n.º 3, alínea b)). Mas também se não trata de figura aparentada à conferência procedimental deliberativa (abstraindo por agora da natureza mais procedimental do que organizatória desta) visto que, com o exercício de uma competência conjunta, não se substitui a prática de diversos atos administrativos autónomos por um único ato de conteúdo complexo. É certo que, graças ao procedimento da conferência deliberativa, os órgãos participantes vêem as suas diferentes competências amalgamarem-se em competência conjunta já que o procedimento se conclui pela prática de um único ato²¹. Mas, na competência conjunta de carácter organizatório, a atribuição de competência a dois ou mais órgãos resulta diretamente da lei e não se transmuda graças a um procedimento, não tendo na sua origem competências separadas.

Existem ainda outras múltiplas fórmulas de natureza organizatória para estruturar relações transversais no desempenho da função administrativa, das quais se menciona brevemente um exemplo.

19 Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, I, Lisboa: Danúbio, 1982, p. 173.

20 Cfr. PIERRE MOOR, *Droit Administratif*, II, Berne : Staempfli, 2002, p. 195.

21 Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Comentário ao artigo 77.º do CPA*, in: FAUSTO DE QUADROS E OUTROS, *Comentários à Revisão do Código do Procedimento Administrativo*, Coimbra: Almedina, 2016 p. 177.



A Lei n.º 4/2004, de 15 de janeiro, sobre a Organização da Administração Direta do Estado, prevê a implantação, no seio da administração direta do Estado, de *serviços de coordenação*, intra ou interministeriais, que promovem a articulação em domínios onde esta necessidade seja permanente. Para tal efeito, tais serviços harmonizam a formulação e execução de políticas públicas, a utilização racional, conjugada e eficiente de recursos na Administração Pública e emitem pareceres no âmbito dessa sua ação coordenadora (artigos 17.º e 18.º).

Por outro lado, ainda segundo o mesmo diploma legal, em vez de uma estrutura hierarquizada, a Administração direta do Estado pode adotar uma *estrutura matricial*. Esta organiza-se em equipas multidisciplinares (artigo 22.º).

8. Mas, a par dos modelos estrita ou predominantemente organizatórios, a *transversalidade* reverte hoje crescentemente para *soluções de ordem procedimental*, através das quais se procura congruar o pluralismo da Administração orgânica com a unidade da administração funcional. Não é segredo que o procedimento serve de *interface* para a colaboração ou a comparticipação de entidades administrativas, órgãos ou serviços no desempenho da função administrativa. A este propósito, tanto se encontram procedimentos acessórios da organização como procedimentos substitutivos de soluções organizatórias²².

22 Não se deve em todo o caso esquecer que, graças ao movimento de procedimentalização das realidades administrativas, aquilo a que se chama organização administrativa se apresenta hoje como uma combinação de componentes institucionais e procedimentais. Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, cit., pp. 172 e 173.

A este propósito, avultam no Direito Administrativo português contemporâneo novas figuras procedimentais cujos contornos e efetiva importância dependem do modo como a jurisprudência e a *praxis* administrativa lhes dêem aplicação. É esse o caso do auxílio administrativo e da conferência procedimental, que merecem ser tratados em sede própria.

O *auxílio administrativo* é um subprocedimento organizatório interno que articula a cooperação funcional entre órgãos da Administração²³.

A *conferência procedimental* consiste num procedimento endo-procedimental destinado a propiciar o exercício em comum ou conjugado das competências de diversos órgãos da Administração Pública. A par da vertente estrutural (um procedimento acessório inserido noutra ou noutros procedimentos) e de uma vertente funcional (matriz do exercício de competências tituladas por órgãos distintos), caracteriza-se ainda por uma vertente finalística (promoção da eficiência, da economicidade e da celeridade da atividade administrativa)²⁴.

9. Pelo seu lado, os *contratos inter- e intraadministrativos* têm vindo a ganhar importância como instrumento de transversalidade graças a uma função de coordenação ou cooperação entre unidades administrativas dotadas ou desprovidas de personalidade jurídica. Trata-se de um novo capítulo de um percurso ascensional do instituto contratual como forma de conduta jurídica da Administração regida pelo Direito Administrativo.

23 Cfr. SÉRVULO CORREIA, Comentário ao artigo 66.º do CPA, in: Comentários à Revisão do Código do Procedimento Administrativo, cit., pp. 154 a 157.

24 Cfr. SÉRVULO CORREIA, A Conferência Procedimental: Fontes e Opções, cit., p. 18; Comentário aos artigos 77.º a 81.º do CPA, in: Comentários à Revisão do Código do Procedimento Administrativo, cit., pp. 175 a 191.



De instrumento enclausurado em alguns tipos caracterizados pelo Código Administrativo, transitaria, por força do ETAF de 1984, do sistema do contrato administrativo por definição legal para o do contrato administrativo por natureza (artigo 9.º). E, de forma de atividade jurídica da Administração secundarizada pelo relevo primacial da figura do ato administrativo, assumiria uma posição tendencialmente paritária à deste graças à liberdade (salvo as exceções legais ou decorrentes da força das coisas) da sua escolha para o exercício das competências de constituição de efeitos de direito substantivos (artigo 179.º, n.º 1, do CPA de 1991). A evolução não findou, porém, visto que, de meio de constituição de efeitos jurídicos entre a Administração e particulares, o contrato administrativo adquiriu nos últimos anos a virtualidade de instrumento de juridificação de relações de coordenação ou de cooperação entre unidades administrativas enquanto partes de um “complexo articulado de poderes públicos”²⁵.

Cumprir de todo o modo prevenir que as relações orgânicas intra- ou inter-administrativas (ou seja, entre órgãos todos eles pertencentes a uma só pessoa coletiva pública ou a mais do que uma) constituem uma realidade ainda insuficientemente tratada. Certo parece desde já no entanto não ser legítimo sobrepor a unidade formal da pessoa coletiva à pluralidade material dos interesses subjacentes às competências dos di-

25 Cfr. ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos Interadministrativos*, cit., p. 19. Sobre os princípios da coordenação e da cooperação, veja-se esta obra, designadamente a pp. 51 e ss e 81 e ss.

A propósito desta “introversão” da figura contratual para o efeito da sua utilização não, como tradicionalmente, no domínio das relações jurídicas entre a Administração e os particulares, mas no da constituição de efeitos jurídicos entre unidades administrativas, vale a pena lembrar um fenómeno idêntico no tocante à extensão do campo de aplicação do procedimento administrativo. Este não organiza hoje em dia apenas atividades dos órgãos e serviços dirigidos à produção de efeitos externos mas também as formalidades e os atos sequencialmente ordenados para dar forma ao trabalho comum nos planos intra- e inter-administrativos. Veja-se a título de exemplo o auxílio administrativo tal como ordenado pelo artigo 66.º do CPA. Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, cit., p. 173.

versos órgãos e à necessidade de imputar distintas situações jurídicas de modo estruturalmente separado no âmbito de uma mesma pessoa coletiva pública de atribuições múltiplas.

Por outro lado, no plano do Direito comparado, como adverte EURICO BITENCOURT NETO, a diferente elasticidade da figura do contrato explica que realidades que, numa certa Ordem Jurídica, mereçam conjuntamente a qualificação como contrato, noutras sejam reconduzidas a diferentes instrumentos de pactuação com nomes diversos, como os de acordo, convénio, concerto, ou mesmo “quase-contrato”. Segundo este Autor, “... o enquadramento de um acordo de vontades interadministrativas na figura contratual depende da verificação da existência dos requisitos conceituais do contrato, em cada Direito positivo, a fim de se evitar a consideração de qualquer espécie de acordo como um contrato, no que se tem designado como “pancontratualismo acrítico”²⁶.

Esta reflexão ajuda, por exemplo, a compreender o diferente modo como, tradicionalmente, o recurso ao instrumento contratual pela Administração Pública tem sido encarado nos Direitos italiano e português. Ao passo que o Código Civil italiano considera o conteúdo patrimonial como elemento essencial do contrato²⁷, tal não sucede com o Código Civil português, para o qual os contratos não têm necessariamente de possuir um conteúdo económico²⁸.

26 Cfr. EURICO BITENCOURT NETO: Concertação Administrativa Interorgânica – Direito Administrativo E Organização No Século XXI, São Paulo: Almedina Brasil, 2017, p. 368; A concertação administrativa interorgânica, in: CARLA AMADO GOMES / ANA FERNANDA NEVES / TIAGO SERRÃO (Coord.), Organização Administrativa: Novos Atores, Novos Modelos, II, Lisboa: AAFDL, 2018, p. 472.

27 Cfr. GALGANO, FRANCESCO, *Diritto Privato*, 12.ª ed., Padova: CEDAM, 2004.

28 Cfr. PAIS DE VASCONCELOS, PEDRO, *Contratos Atípicos*, Lisboa, 1994.



Mas, no ordenamento jurídico português, como noutros, poderão também, eventualmente, encontrar-se modalidades de concertação geradoras de diretivas de ação conjunta que, no entanto, não se mostrem aptas à constituição de situações jurídicas imputáveis às pessoas coletivas ou aos órgãos seus autores. Poder-se-á falar a tal propósito de “*soft law* concertada”. Nem por lhes faltar força jurídica imperativa tais diretivas deixarão de indicar padrões de conduta ou matrizes de orientação (*Steuerung*) próprias de uma administração que, em vez de moldar constitutivamente as realidades, prefere remeter-se a um papel de influência não apenas de condutas dos particulares mas também dos comportamentos administrativos recíprocos²⁹.

10. Nos nossos dias, avulta também com maior clareza a *função garantística da organização administrativa*, cuja estruturação não pode obedecer somente ao objetivo da eficácia na realização do interesse público. Da Constituição decorrem *garantias organizatórias* de participação institucional e de responsabilidade democrática (controlo pelos cidadãos). E certos procedimentos intra- ou interadministrativos (como é o caso da conferência procedimental) visam inequivocamente também a proteção de direitos fundamentais como o direito à apreciação em prazo razoável dos requerimentos apresentados.

29 Cfr. BITENCOURT NETO, Concertação Administrativa Interorgânica, cit., designadamente pp. 334 ss; FRANZIUS, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: HOFFMANN-RIEM / SCHMIDT-ASSMANN / VOSSKUHLE (org.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, I, München, C.H. Beck, 2006, pp. 177 ss.

A expansão dos contratos administrativos

EURICO BITENCOURT NETO¹

Resumo

A Administração Pública pós-liberal tem se caracterizado pela expansão do uso de formas contratualizadas de atuação, que estão hoje presentes na maior parte das áreas da função administrativa do Estado. Nos quadros da Administração contratual, assume importância central a figura do contrato administrativo, entendido como um processo de agir próprio da Administração Pública, regulado pelo Direito Administrativo, expandindo seus limites conceituais para além de sua originária manifestação na experiência francesa do fim do século XIX. A centralidade do contrato administrativo em um Direito Administrativo colaborativo e cooperativo encontra sólidos fundamentos nas Constituições que consagram um Estado de Direito democrático e social, como é o caso da Constituição brasileira.

Palavras-chave: Contratualização; Contrato administrativo; Administração Pública contratual; Concertação administrativa; Consenso.

¹ Professor Adjunto de Direito Administrativo e Direito Constitucional da UFMG – Universidade Federal de Minas Gerais. Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, com apoio do Programa Alβan, Programa de Bolsas de Alto Nível da União Europeia para a América Latina e da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia de Portugal. Mestre em Direito Administrativo pela UFMG. Membro do Conselho Deliberativo do IBDA – Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Contacto: eurico.bn@uol.com.br



Abstract

Post-Liberal Public Administration has been characterized by the expansion of the use of contractual forms of action, which are now present in most areas of the State's administrative functions. In the framework of the contractual Administration, the administrative contract is understood as a process of acting proper to the Public Administration, regulated by Administrative Law, expanding its conceptual limits beyond its original manifestation in the French experience of the late nineteenth century. The centrality of the administrative contract in a collaborative and cooperative Administrative Law finds solid foundations in the Constitutions that enshrine a democratic and social State of Law, as is the case of the Brazilian Constitution.

Keywords: *Contractualisation; Administrative contract; Contractual Public Administration; Administrative coordination; Consensus*

Sumário

1. A expansão da contratualização da administração pública.
2. O contrato administrativo no século XXI.
3. Sentido amplo de contrato administrativo na Constituição brasileira de 1988.
4. Conclusão.
5. Referências bibliográficas

1. A expansão da contratualização da administração pública²

A contratualização do exercício da função administrativa é um fenômeno em expansão desde a superação do dogma anticontratualista no

² Esse tema está tratado, de modo mais abrangente, em BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica*, p 138-150.

Direito Administrativo³. Não obstante as formas contratualizadas de colaboração entre particulares e Administração Pública se tenham desenvolvido já a partir de meados do século XIX⁴, a aceitação da via contratual não se deu sem resistências da doutrina administrativista, alcançando base doutrinária mais sólida no constitucionalismo europeu do segundo pós-guerra, que consolidou um Estado de Direito democrático e social⁵.

Com a reconfiguração da Administração Pública no âmbito do novo paradigma estatal, o ato administrativo perde a condição de meio exclusivo de manifestação e formas contratuais ganham espaço⁶, na medida em que se substitui um quadro de separação por um contexto de comunicação entre Estado e Sociedade – que requer, em muitos quadrantes, a participação voluntária dos particulares no desempenho de tarefas públicas, o que só pode ser juridicamente assegurado, nesse novo paradigma de estatalidade, por vínculos bilaterais⁷. O Estado social levou à intensa contratualização da atividade administrativa⁸. Para além dos contratos em que figura como cliente dos particulares, abre-se para o

3 Que teve grande expressão nas doutrinas alemã e italiana, especialmente em Otto Mayer (por exemplo, *Deutsches Verwaltungsrecht*, I, p. 98), na Alemanha e em Ranelletti e Cammeo, na Itália. Nesse sentido, GONÇALVES, Pedro. *O contrato administrativo*, p. 14; SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Contratos públicos*, p. 15.

4 ESTORNINHO, Maria João. *Requiem para o contrato administrativo*, p. 53; *A fuga para o direito privado*, p. 42-43.

5 MASUCCI, Alfonso. *Il contratto di diritto pubblico fra "amministrazione imperativa" e "amministrazione paritaria": l'esperienza tedesca*, p. 121-122. ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*, p. 44.

6 ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*, p. 63-64.

7 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, v. 1, p. 684; MASUCCI, Alfonso. *Il contratto di diritto pubblico fra "amministrazione imperativa" e "amministrazione paritaria": l'esperienza tedesca*, p. 126.

8 DUPUIS, Georges; GUÉDON, Marie-José; CHRÉTIEN, Patrice. *Droit administratif*, p. 466-467; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, v. 1, p. 684; SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Contratos públicos*, p. 16.



Poder Público a senda da administração por acordos⁹, ou dos contratos sobre o exercício de poderes públicos¹⁰.

Para além da admissão do uso do contrato como instrumento de formalização de parte relevante do exercício da função administrativa, verifica-se a expansão de um novo modo de atuar da Administração, chegando-se a proclamar um “Estado Administrativo Cooperativo”¹¹. Nesse quadro, a atuação unilateral abre espaços para contratos e acordos com feições jurídicas menos definidas, típicos de uma Administração consensual¹² ou de uma Administração concertada¹³. A atuação administrativa unilateral, embora não deixando de existir¹⁴, passa a receber, ela própria, influxos do modo consensual de agir, influenciando a produção do ato administrativo¹⁵, na medida em que, muitas vezes, condiciona o seu conteúdo.

9 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, v. 1, p. 666-667; ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*, p. 62.

10 GONÇALVES, Pedro. *O contrato administrativo*, p. 19-20; HUERGO LORA, Alejandro. *Los contratos sobre los atos y las potestades administrativas*; KIRKBY, Mark Bobela-Mota. *Contratos sobre o exercício de poderes públicos*; CORREIA, Jorge Alves. *Contrato e poder administrativo: o problema do contrato sobre o exercício de poderes públicos*.

11 Segundo Jorge Alves Correia, tal expressão foi cunhada na Alemanha, nos anos oitenta do século passado, no âmbito da administração econômica, por Herbert Krüger, e no campo da teoria administrativa por Ernst-Hasso Ritter, com o fim de captar a ação concertada entre os setores público e privado e a dinamização do consenso na realização dos fins públicos (CORREIA, Jorge Alves. *Contrato e poder administrativo*, p. 273). Também tratando do “Estado cooperativo” e da “Administração cooperativa”, SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, p. 36-40.

12 ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*, p. 44; CASSESE, Sabino. *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, p. 35.

13 KIRKBY, Mark Bobela-Mota. *Contratos sobre o exercício de poderes públicos*, p. 26.

14 SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. *Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo*, p. 41.

15 MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*, p. 136-138; GONÇALVES, Pedro. *O contrato administrativo*, p. 24-25.

A busca de um “novo estilo de administração”¹⁶, participativo, consensual e flexível, favorece a expansão do modo contratual de atuação administrativa. Tal fenômeno foi potencializado pelo movimento da *New Public Management*¹⁷, caracterizado pelo uso de técnicas privadas de gestão na Administração Pública, com a substituição de comandos verticais por controles contratualizados, diminuição no controle de meios e foco no controle de resultados, dispersão de unidades administrativas executivas dotadas de mais autonomia, instituição de remuneração dos servidores públicos variável de acordo com o desempenho, entre outras características, que se alteram de acordo com as realidades nacionais. Ressalte-se, nessa onda de mudanças, a reestruturação de relações interadministrativas e interorgânicas mediante o uso de instrumentos contratuais¹⁸, considerados em sentido amplo.

A expansão do fenômeno da contratualização vem acompanhada de um esbatimento na noção tradicional de contrato¹⁹, com um esmaecimento nas balizas que separam o mesmo dos atos unilaterais e de meios menos formais de cooperação: o contrato passa a remeter, para além de um específico instrumento jurídico, a “um novo estilo de relações, fundado sobre o diálogo e a procura do consenso, mais que sobre a autoridade”²⁰. Trata-se, em outras palavras, de uma “cultura contratual”²¹.

16 CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, p. 353.

17 VINCENT-JONES, Peter. *The new public contracting*, p. 43-46; HANSEN, Morten Balle; STEEN, Trui; DE JONG, Marsha. *Le nouveau management public, les marches bureaucratiques et les problèmes de coordination interdépartementale*, p. 35-36.

18 VINCENT-JONES, Peter. *The new public contracting*, p. 45.

19 DUPUIS, Georges; GUÉDON, Marie-José; CHRÉTIEN, Patrice. *Droit administratif*, p. 467; HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. *Law and administration*, p. 139; CRAIG, Paul. *Administrative law*, p. 131.

20 CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*, p. 161.

21 HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. *Law and administration*, p. 138-141.



A contratualização, nesse sentido alargado, que inclui, para além dos tradicionais contratos administrativos e privados, outros meios de consenso de feições menos definidas²², passa a funcionar como instrumento de concertação, em inúmeros campos de atuação estatal: por exemplo, na regulação econômica, na administração da justiça, com as chamadas medidas alternativas no campo penal (*plea-bargaining*, no modelo estadunidense, ou composição penal, no francês) e fiscal²³; a expressão contratualização passa a caracterizar não apenas o recurso ao clássico contrato ou ao contrato administrativo, mas a opção por vias concertadas de atuação administrativa, em substituição à imposição unilateral.

Esse fenômeno não é isento de críticas, chegando-se a afirmar que a técnica contratual ou convencional foi quase convertida em ideologia²⁴, na medida em que se fortaleceu com os processos de privatização dos anos 1980 adiante. O exemplo dos Estados Unidos da América, especialmente no início dos anos 1990, mostra o incremento da administração por contratos, no bojo de um intenso processo de reforma administrativa²⁵, deixando ver difíceis desafios para a Administração Pública, como a tensão entre flexibilidade e *accountability*, problemas decorrentes da transferência, por contratos, da gestão de serviços complexos como saúde e educação e questões decorrentes da gestão contratual em uma rede organizatória de agências públicas, organizações não lucrativas e empresas privadas²⁶.

22 Distinguindo a atividade contratual da Administração de outras formas de atuação bilateral ou multilateral, como a participação prévia à emissão de um ato administrativo, além de pactos, acordos ou convênios públicos, PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de derecho administrativo*, p. 431.

23 CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*, p. 162.

24 PARADA, Ramón. *Derecho administrativo*, t. I, p. 239.

25 Tal processo é descrito em OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. *Reinventing government: how the entrepreneurial spirit is transforming the public sector*. Nova York: Plume.

26 COOPER, Phillip J. *Governing by contract*, p. 44-46.

Podem ser mencionados como exemplos relevantes da expansão do fenômeno de contratualização, especialmente no campo da administração pública:

- a) novas formas de parceria com os particulares para a prestação de serviços ou para investimento e gestão de infraestruturas, como é o caso das parcerias público-privadas;
- b) técnicas de gestão próprias da iniciativa privada, com o fim principal de tirar o foco dos meios de atuação e concentrá-lo na avaliação de resultados da ação pública, por meio da contratualização interna de relações interadministrativas e interorgânicas, em áreas em que vigorava o modelo unilateral ou hierárquico;
- c) múltiplas formas de participação de privados no procedimento administrativo, que podem resultar na pactuação do objeto da atuação administrativa unilateral, ou, em outras palavras, na concertação da preparação do ato administrativo²⁷;
- d) a contratualização como instrumento de colaboração entre o poder central, regiões autônomas e autarquias locais²⁸, no âmbito de atuação de entidades públicas de base territorial, em Estados unitários ou regionalizados;

27 Sobre a distinção entre contratos e atos administrativos em que concorre a vontade do particular, CORREIA, José Manuel Sérulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, p. 347-353.

28 LEITÃO, Alexandra. *Contratos interadministrativos*, p. 92.



- e) a figura dos convênios e dos consórcios públicos, como instrumentos de cooperação, como é o caso do Brasil, no âmbito das relações entre os três níveis da organização federativa;
- f) o fomento público a atividades econômicas, especialmente quando estão envolvidos significativos investimentos privados, com o uso da negociação e da via contratual para buscar mais clareza de regras e segurança jurídica, ao invés de uma atuação unilateral, precedida de procedimentos muitas vezes demorados e nem sempre transparentes²⁹;
- g) a ampliação do uso do contrato como instrumento regulador de relações do Estado com o terceiro setor, em especial no campo dos chamados serviços sociais;
- h) a contratualização do exercício de poderes de autoridade.

Para além dos exemplos citados, a técnica contratual e o movimento de sua expansão, como instrumento de cooperação, não se resumiram ao universo da atuação administrativa do Estado, compuseram um quadro mais amplo, passando a colonizar largos espectros do Direito, seja nas organizações privadas, seja nas relações multinível entre Estado, entidades locais, entidades privadas e organizações transnacionais³⁰. A União Europeia e o Direito Administrativo europeu são exemplos marcantes dessas relações multinível³¹, podendo-se a falar em um modelo de “*Administração composta*” de instâncias comunitárias³².

29 HUERGO LORA, Alejandro. *Los contratos sobre los atos y las potestades administrativas*, p. 98-100.

30 CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*, p. 163.

31 BARNES, Javier. *Reforma e innovación del procedimiento administrativo*, p. 48.

32 SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. *Le modèle de l’“administration composée” et le rôle du droit administratif européen*, p. 1246-1249.

Ainda em nível transnacional, registre-se, por fim, o alargamento da importância das contratações públicas para além das fronteiras territoriais dos Estados e, mesmo da União Europeia, no âmbito do chamado mercado global. A globalização econômica e os esforços de liberalização do comércio nas últimas décadas têm evidenciado a relevância da contratação pública no espaço internacional, seja na captação de investimentos estrangeiros para incrementar o desenvolvimento econômico e social, seja num processo de abertura de mercados e de incremento da competitividade econômica³³.

Em suma, a contratualização, como um estilo próprio de administrar por acordos, tenham ou não natureza contratual, bem como o uso do contrato, tomada a expressão em sentido próprio, se expandiram nas últimas décadas, no âmbito do exercício da função administrativa do Estado de Direito democrático e social, chegando-se a afirmar que o contratualismo se transformou na “*ideologia administrativa* da pós-modernidade”³⁴. E, nesse contexto, observa-se também uma expansão do conceito e do uso de contratos administrativos, nascidos na tradição do Direito Administrativo francês com um sentido próprio, agora alargado, a fim de amoldar-se a um novo contexto jurídico-administrativo.

Daí que, não obstante o fato de que a expansão da cultura contratual no seio da função administrativa causa o esmaecimento das balizas conceituais da figura do contrato, não se pode desconhecer a relevância central do contrato, em especial do contrato administrativo, como instrumento central dessa administração concertada ou cooperativa. Assim, pode-se

33 Sobre contratação pública no âmbito internacional, VIANA, Cláudia. *Os princípios comunitários na contratação pública*, especialmente p. 75-87; *A globalização da contratação pública e o quadro jurídico internacional*, p. 23-49.

34 CORREIA, Jorge Alves. *Contrato e poder administrativo*, p. 276.



afirmar que “o contrato administrativo não se apresenta apenas como um instrumento normal de atuação das administrações públicas, mas como a *instituição central do Direito Administrativo da Cooperação*”³⁵.

2. O contrato administrativo no século XXI

O contrato administrativo, tendo sido afirmado em um momento histórico e em uma cultura jurídico-administrativa determinados – no final do século XIX, na França – hoje alcança um sentido distinto e mais abrangente, embora seja necessário verificar o direito positivo de cada ordem jurídica para ser possível delimitar o seu conteúdo.

Foi a necessidade de satisfazer exigências de interesse público que levou a jurisprudência administrativa e a doutrina francesas a reconhecerem que o objeto público dos contratos de concessão de serviços públicos não permitiria que fossem considerados contratos de direito privado. O contrato administrativo nasce para marcar a superioridade jurídica da Administração Pública, inicialmente invocando a presença de um serviço público como objeto de sua regulação para marcar seu caráter público, critério que logo se viu substituído pelo reconhecimento da existência de “cláusulas exorbitantes” do regime de direito privado³⁶.

35 CORREIA, Jorge Alves. *Contrato e poder administrativo*, p. 275.

36 CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, p. 359. Assinalando que o *arrêt Blanco*, proferido pelo Tribunal de Conflitos em 1873, fundou-se no critério do serviço público para definir a competência do contencioso administrativo e o fator de qualificação de um certo contrato como administrativo, sendo substituído pelo critério da presença de cláusulas exorbitantes do direito comum a partir do *arrêt Société des Granits Porphyroïdes des Vosges*, de 1912, CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, p. 360, nota 34.

Não obstante ter nascido com esse perfil delimitado, a expansão do uso da técnica contratual no âmbito dos mais variados setores da administração pública expôs a necessidade de um novo critério para determinar as feições do contrato administrativo. Embora essa matéria não alcance consenso doutrinário nas diversas ordens jurídicas nacionais, tem-se consolidado importante vertente que entende o contrato administrativo como o mais relevante instrumento da Administração concertada no século XXI.

O chamado critério de administratividade³⁷ dos contratos mais comumente utilizado é o do regime jurídico aplicável à figura contratual, embora se registrem controvérsias sobre a natureza e a própria existência jurídica dos contratos administrativos. Quanto à não admissão de sua existência, pode-se mencionar desde uma posição mais radical que nega a possibilidade de a Administração celebrar quaisquer espécies contratuais³⁸, até a inadmissibilidade da existência de contratos administrativos³⁹, em geral pelo não reconhecimento de particularidades distintivas dessa espécie em relação aos contratos privados.

A existência de contratos administrativos, como figura própria do regime de Direito Administrativo continua sendo admitida por parcela considerável da doutrina e dos ordenamentos positivos dos diversos países que estiveram sob influência francesa na matéria. Os critérios para

37 Usando tal expressão, CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, p. 380.

38 MARTINS, Ricardo Marcondes. *Contratos administrativos*.

39 Por todos, ESTORNINHO, Maria João. Requiem pelo contrato administrativo. No Direito brasileiro, apontando a fonte legal dos poderes extroversos da Administração e limitando a natureza contratual às cláusulas econômico-financeiras, MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Contrato de direito público ou administrativo*, p. 31; *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 611-612; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 640-642.



a definição do caráter peculiar e autônomo do contrato administrativo, que ao longo do tempo foram invocados pela doutrina, não são imunes a críticas. Assim, por exemplo, o critério subjetivo – já que é possível que particulares exerçam tarefas públicas e celebrem contratos administrativos com outros particulares, como é o caso da subconcessão, ou o critério da sujeição de uma parte à outra – que seria típico do Direito Administrativo do século XIX⁴⁰, não mais aglutinador de todos os meios de atuação administrativa, ou mesmo o critério da finalidade pública – já que toda a atuação administrativa deve visar à prossecução de interesses públicos, mesmo que se utilize de meios de Direito Privado.

E, finalmente, também o critério da prossecução de fins de imediata utilidade pública, que, como adverte Sérvulo Correia⁴¹, tem contra si um argumento de ordem prática, ligado à dificuldade de aferição do caráter imediato ou direto da realização da utilidade pública, de um lado, e um argumento de ordem teórica, de outro, segundo o qual a prossecução de um fim de direta ou imediata utilidade pública nem sempre será condição suficiente ou necessária da qualidade administrativa do contrato, bastando para tanto invocar contratos administrativos por expressa disposição legal que não cumprem tal requisito.

Antes de mais, é preciso destacar que o contrato administrativo continua a ser uma figura com identidade própria, que a distingue do ato administrativo, do regulamento e do contrato privado. Ainda que se reconheça que as chamadas cláusulas exorbitantes, relativas a poderes de intervenção unilateral no contrato administrativo, também são identificadas, em

⁴⁰ CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, p. 369.

⁴¹ CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, p. 385-393.

alguma medida, em contratos privados⁴² e que há um certo regime mínimo de Direito Público aplicável também aos contratos de Direito Privado celebrados pela Administração⁴³, tais conclusões não permitem afirmar a inexistência de autonomia jurídica da figura do contrato administrativo.

Em primeiro lugar, os poderes extroversos que há em contratos privados não decorrem de norma legal que os atribua em geral aos particulares, como ocorre nos contratos administrativos, exatamente porque nestes o que está em jogo são poderes públicos que se impõem por atos administrativos, ficando para o particular, em todas as hipóteses, o ônus da impugnação judicial⁴⁴. Isso decorre de que o regime dos contratos administrativos é o regime do Direito Administrativo, enquanto o regime dos contratos privados é o do Direito Civil. Se os contratos administrativos ainda são contratos, o que não os afasta inteiramente da disciplina geral contratual⁴⁵, sujeitam-se a um regime decorrente da posição da Administração Pública perante o Direito.

E, por outro lado, se há uma disciplina publicista comum a todos os contratos firmados pela Administração, decorrente das vinculações jurídico-públicas decorrentes da própria função administrativa, isso não conduz a que haja um regime substantivo idêntico a todos os contratos da Ad-

42 ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*, p. 140-148. Admitindo que alguns dos poderes exorbitantes da Administração possam existir num ou noutro contrato privado, GONÇALVES, Pedro. *O contrato administrativo*, p. 34.

43 ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*, p. 151 ss. Assinalando que há, em certa medida, um regime comum a todos os contratos da Administração, GONÇALVES, Pedro. *O contrato administrativo*, p. 35.

44 GONÇALVES, Pedro. *O contrato administrativo*, p. 34-35. Ainda que, por exemplo, no Direito do Trabalho, o empregador tenha certos poderes sobre o empregado, não se trata de poderes gerais decorrentes de uma posição de garante de um interesse superior, como é o caso do interesse público.

45 GONÇALVES, Pedro. *O contrato administrativo*, p. 32.



ministração, ao menos em tese. Assim é que, por exemplo, um contrato de concessão de serviços públicos sujeita-se a um regime de Direito Administrativo, incluindo poderes de alteração unilateral de parte do objeto, enquanto o contrato de seguro não se sujeita a tal regime extroverso.

Mesmo que contratos privados tenham sido publicizados por expressa disposição de lei⁴⁶, uma conclusão é inevitável: se contrato administrativo e contrato privado fossem ajustes de mesma natureza, seria despicienda a necessidade de a lei estender, de forma geral, um regime de poderes especiais da Administração aos ditos contratos privados, tornando-os contratos com regime substantivo, ainda que parcial, de Direito Administrativo. Em outras palavras, a possibilidade de a lei tornar administrativo um contrato privado não invalida a distinção entre tais espécies contratuais, antes a confirma.

Por outro lado, a expansão da concertação administrativa a setores tradicionais de função administrativa típica, como o exercício de poderes de autoridade e a regulação de relações interadministrativas e interorgânicas, reforça o papel de uma figura contratual com regime substantivo de Direito Administrativo. Afinal, sendo este ramo do Direito aquele próprio da função administrativa do Estado, não faria sentido regular tais relações de caráter público por contratos privados.

Assinalado, ainda que em apertada síntese, que o contrato administrativo ainda vive como figura jurídica autônoma, é preciso reconhecer que, nos dias que correm, a escolha do critério para sua identificação

⁴⁶ Como faz o art. 62, § 3º, da Lei nº 8.666, de 1993, que estabelece que se aplica o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 (especialmente as chamadas cláusulas exorbitantes) e demais normas gerais, no que couber, aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e “aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por normas de direito privado”.

não pode estar desvinculada da expansão da administração pública contratual. Se, como já referido, a administração por contratos invadiu praticamente todas as searas da função administrativa, o contrato administrativo se afirma como o seu instrumento formal por excelência. Pode-se hoje afirmar, no quadro do constitucionalismo democrático-social, um princípio geral de colaboração público-privada⁴⁷ que, somado a um princípio geral de cooperação público-público (entre órgãos e entidades do aparato administrativo), fundamenta a centralidade do contrato administrativo no Direito Administrativo contemporâneo.

O contrato administrativo deve ser reconhecido como um instrumento normal das condutas jurídico-administrativas⁴⁸, especialmente no âmbito de uma realidade em que a administração concertada assume centralidade. Nesse quadro, o critério mais adequado para se definir a administratividade de um contrato é o estatutário, que parte da concepção do Direito Administrativo como um Direito próprio da Administração Pública e, por consequência, um Direito estatutário, daí decorrendo que o contrato administrativo constitui um processo próprio de agir da Administração Pública⁴⁹.

Tal critério, por trazer consigo a pluralidade de modos de atuação da Administração Pública contemporânea, é preferível a um critério que reconhece uma posição de supremacia jurídica da Administração sobre o particular⁵⁰, o que traz dificuldades para nele enquadrar contratos pa-

47 Sobre a existência de tal princípio na Constituição portuguesa, CORREIA, Jorge Alves. *Contrato e poder administrativo*, p. 284 seg.

48 CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, p. 782).

49 CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, p. 393-396.

50 GONÇALVES, Pedro. *O contrato administrativo*, p. 33.



ritários, como os interadministrativos e os interorgânicos⁵¹. Em outras palavras, o regime de Direito Administrativo, nos dias de hoje, deve ser dinâmico e mais flexível, no sentido de contemplar os diversos modos de atuação da Administração Pública no desempenho de suas atribuições.

Assim, as características da Administração contemporânea⁵², como a transversalidade, a Administração em rede, a vinculação à eficiência administrativa, o prestígio da consensualidade, da colaboração e da cooperação impõem novas formas de atuar entre órgãos e entidades públicas, que ampliam os contornos conceituais dos contratos administrativos. Utilizando o critério estatutário em vez, por exemplo, do critério do desnivelamento das partes, pode-se caracterizar com maior precisão diversos ajustes interadministrativos, juridicamente vinculantes e dotados de natureza contratual⁵³, como os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre entes federados, no âmbito da figura do contrato administrativo⁵⁴.

Pode-se afirmar que o contrato administrativo, longe de se ter perdido na História como uma peculiaridade do Direito francês, ganhou novo alcance e se tornou um padrão orientador das diversas relações administrativas internas e externas, entre órgãos e entidades da Administração e entre esta e os particulares. Em síntese, o contrato administrativo no século XXI tornou-se “*a instituição central do Direito Administrativo da Cooperação*”⁵⁵.

51 Como reconhece Pedro Gonçalves (*O contrato administrativo*, p. 36).

52 Sobre as características da Administração Pública contemporânea, de modo desenvolvido, BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica*, p. 111-159.

53 Sobre os critérios para a definição da natureza contratual dos acordos celebrados pela Administração Pública no Direito brasileiro, BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica*, especialmente p. 369-376.

54 Em sentido distinto, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 375; 383; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Consórcios públicos*, p. 23-25.

55 CORREIA, Jorge Alves. *Contrato e poder administrativo*, p. 275.

3. Sentido amplo do contrato administrativo na Constituição brasileira de 1988

A Constituição brasileira de 1988, inaugurando um Estado de Direito democrático e social, oferece bases sólidas para o fenômeno da Administração contratual e, em especial, para a afirmação de um sentido amplo do contrato administrativo. Esse alicerce constitucional parte de uma lógica de colaboração e cooperação no exercício dos poderes administrativos e tem sua primeira e geral manifestação no perfil do Estado de Direito: democracia e socialidade induzem a um estilo contratualizado de administrar.

Quanto ao princípio democrático, a partir da enunciação geral de que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (art. 1º, parágrafo único), tem-se o fundamento central para todos os meios de participação também no exercício do poder administrativo. É que o princípio democrático deixa de ter expressão meramente formal para produzir efeitos sobre a atuação administrativa do Estado. Assim é que se fala em “democracia substantiva”⁵⁶, que privilegia a participação e consenso no exercício das tarefas públicas, prestigiando instrumentos de cariz contratual.

A imposição geral de participação ganha relevo nas balizas da socialidade, na medida em que as tarefas públicas de viabilização de prestações sociais estão, no âmbito da Constituição de 1988, atreladas à colaboração da sociedade e à cooperação entre as diversas esferas públicas. Assim é que o art. 194, parágrafo único, VII, arrola, como um dos objetivos da seguridade social, o “caráter democrático e descentralizado da administra-

56 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas tendências da democracia*, p. 13.



ção, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregados, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados”.

Além disso, mencione-se o art. 198, III, que trata da organização dos serviços públicos de saúde, prevendo como diretriz, a participação da comunidade; o art. 204, que estabelece que as ações governamentais na área de assistência social terão como diretrizes a descentralização político-administrativa, com uma estrutura coordenada entre entidades federais, estaduais, municipais e privadas, além da participação da população, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Outros exemplos relevantes são a educação, descrita como direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida com a colaboração da sociedade (art. 205), e a cultura, cujo sistema nacional será organizado em regime de colaboração e de participação, em “um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade” (art. 216-A).

Daí que a Constituição social confere inegável prestígio à Administração concertada, em suas diversas manifestações. É claro que a relevância que a Constituição confere à participação e ao consenso não significa uma superação de meios de atuação unilateral. O recurso à unilateralidade permanece como relevante meio de prossecução de interesses públicos, ainda que, também ele, esteja exposto aos influxos da concertação administrativa.

Por outro lado, as relações interfederativas também compõem, na Constituição brasileira, os quadros da contratualização. Nesse sentido, os art. 23, parágrafo único e 241 estabelecem diretrizes para a cooperação entre os entes federados, seja na disciplina do exercício de competências

comuns, abrindo-se a possibilidade de instituição de diversos mecanismos de natureza contratual, seja, por outro lado, na gestão associada de serviços públicos e na transferência de encargos, serviços, pessoal e bens, por meio dos consórcios públicos e dos convênios de cooperação.

A Lei federal nº 11.107, de 2005, dispõe sobre normas gerais sobre os consórcios públicos, caracterizando tal instituto como um instrumento de pactuação para realização de objetivos de interesse comum. Os consórcios públicos serão constituídos por contrato (art. 3º), cuja celebração se dará pela ratificação, mediante lei, de um protocolo de intenções firmado pelos respectivos Executivos (art. 5º) e devem ser personalizados, seja como associação pública (personalidade jurídico-pública), seja como pessoa jurídica de direito privado (art. 1º, § 1º e art. 6º)⁵⁷.

Para além dos consórcios públicos, podem ser firmados convênios de cooperação, seja entre os entes federados, seja entre outras pessoas jurídicas que compõem o vasto rol de entidades auxiliares do Estado. Tomados no sentido de instrumentos contratuais que regulam interesses convergentes⁵⁸, os convênios são instrumentos largamente utilizados para cooperação entre distintas entidades públicas ou entre entes públicos e privados, no campo da Administração concertada.

A par da Constituição social e das relações federativas, a Constituição administrativa, ou o campo constitucional que regula os modos, os instrumentos e as vinculações da atividade administrativa, também confere

57 Para um tratamento amplo da lei geral brasileira sobre consórcios públicos, em suas diversas implicações, PIRES, Maria Coeli Simões; BARBOSA, Maria Eliza Braz (Coord.). *Consórcios públicos*; MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Consórcios públicos*; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Consórcios públicos*.

58 ARAÚJO, Florivaldo Dutra de; MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios e consórcios como espécies contratuais e a Lei nº 11.107/2005*, p. 129 seg.



prestígio à Administração contratual. Nesse âmbito, a participação está prevista no art. 37, § 3º, que dispõe que “A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta...”. Trata-se de dispositivo que se dirige, mais diretamente, aos serviços públicos.

Outro exemplo é a relevância do princípio da eficiência (art. 37). Entendida a eficiência como um mandamento de se obter os melhores resultados, com o menor custo e do modo mais célere, nos quadros da juridicidade⁵⁹, haverá situações em que uma atuação contratualizada será mais apta a assegurar uma atuação eficiente do que uma Administração impositiva, no clássico quadro da organização hierárquica.

Por exemplo, decisões administrativas complexas, como grandes intervenções urbanísticas, autorizações para atividades de risco, ou empreendimentos econômicos com impactos ambientais importantes, que envolvem múltiplos interesses públicos concorrentes, tutelados por distintos órgãos, reclamam instrumentos procedimentais de concertação.

Nesses casos, a transversalidade e os conflitos entre interesses públicos imanentes à complexidade de tais decisões recomenda a conjugação de uma atuação administrativa em rede com o uso de instrumentos procedimentais de concertação, em alternativa a uma atuação no âmbito de um modelo piramidal, em que uma instrução procedimental compartimentada conduza a uma decisão concentrada no vértice. Nesse quadro, a figura contratual ganha relevo, tanto na regulação de relações entre a Administração e particulares, quanto no âmbito das relações interadministrativas e interorgânicas.

59 Sobre tal conceito de eficiência administrativa, BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica*, p. 150-159.

Ainda no campo da atuação administrativa, o art. 37, § 8º, da Constituição, institui a possibilidade de ampliação contratualizada da autonomia gerencial, orçamentária e financeira de entidades e de órgãos públicos despersonalizados. Tem-se aqui a substituição dos poderes unilaterais de tutela e da hierarquia administrativa por uma atuação regulada por contrato, no âmbito das relações entre a Administração direta e a indireta do Estado, bem como no espaço interno, das relações interorgânicas.

Guardadas as particularidades dos distintos ordenamentos constitucionais, a consagração de um Estado de Direito democrático e social conduz, em alguma medida, a uma abertura do sistema de organização e funcionamento da Administração Pública à contratualização. Ao lado do modelo hierárquico e impositivo, estará sempre presente a possibilidade de opção por um modelo concertado, nas situações em que este se revelar mais adequado para assegurar uma atuação administrativa mais legítima – eficiente e aberta à participação dos interessados.

4. Conclusão

A expansão da lógica contratual no exercício da função administrativa é um fenômeno que marca o perfil da Administração Pública do século XXI e, por consequência, do Direito Administrativo. O instrumento central de formalização da Administração contratual é o contrato administrativo, renovado e ampliado como forma de agir capaz de regular distintas relações, internas e externas, sujeito a regimes próprios de um Direito Administrativo adequado à pluralidade dos modos de agir da Administração Pública.

Esse novo contrato administrativo encontra sólidos fundamentos na Constituição brasileira de 1988 que, legítima representante de um Esta-



do de Direito democrático e social, prestigia a “cultura contratual” como modo de atuar típico de uma Administração Pública do século XXI.

5. Referências bibliográficas

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de; MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. Convênios e consórcios como espécies contratuais e a Lei nº 11.107/2005. In: PIRES, Maria Coeli Simões; BARBOSA, Maria Eliza Braz (Coord.). *Consórcios públicos: instrumento do federalismo cooperativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 125-144.

BARNES, Javier. Reforma e innovación del procedimiento administrativo. In: BARNES, Javier (Ed.). *La transformación del procedimiento administrativo*. Sevilla: Global Law Press, 2008. p. 11-69.

BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI*. São Paulo: Almedina, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Consórcios públicos* (Lei nº 11.107, de 06.04.2005, e decreto nº 6.017, de 17.01.2007). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CASSESE, Sabino. Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Roma, v. 2, p. 374-385, 1985.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COOPER, Phillip J. *Governing by contract: challenges and opportunities for public managers*. Washington D. C.: CQPress, 2003.

CORREIA, Jorge Alves. *Contrato e poder administrativo: o problema do contrato sobre o exercício de poderes públicos*. Coimbra: Gestlegal, 2017.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

CRAIG, Paul. *Administrative law*. 6. ed. Londres: Thomson-Sweet&Maxwell, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DUPUIS, Georges; GUÉDON, Marie-José; CHRÉTIEN, Patrice. *Droit administratif*. 11. ed. Paris: Sirey, 2009.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1999.

ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. v. 1, 14. ed. Navarra: Thomson-Civitas, 2008.

GONÇALVES, Pedro. *O contrato administrativo: uma instituição do direito administrativo de nosso tempo*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2004.

HANSEN, Morten Balle; STEEN, Trui; DE JONG, Marsha. Le nouveau management public, les marches bureaucratiques et les problèmes de coordination interdépartementale: analyse comparative de la haute fonction publique dans l'administration de l'État. *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Bruxelles, v. 79, n. 1, p. 31-51, mar. 2013.



HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. *Law and administration*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

HUERGO LORA, Alejandro. *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*. Madrid: Civitas, 1998.

KIRKBY, Mark Bobela-Mota. *Contratos sobre o exercício de poderes públicos: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

LEITÃO, Alexandra. *Contratos interadministrativos*. Coimbra: Almedina, 2011.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Contratos administrativos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 17, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>.

MASUCCI, Alfonso. Il contratto di diritto pubblico fra “amministrazione imperativa” e “amministrazione paritaria”: l’esperienza tedesca. In: AMIRANTE, Carlo (Coord.). *La contrattualizzazione dell’azione amministrativa*. Turim: Giappichelli, 1993. p. 115-129.

MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Consórcios públicos: comentários à Lei 11.107/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 33. ed. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2018.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Contrato de direito público ou administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 88, p. 15-33, abr./jun. 1967.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. v. 1. 3 ed. São Paulo: Malheiros: 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 13, mar./abr./maí. 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>.

OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. *Reinventing government: how the entrepreneurial spirit is transforming the public sector*. Nova York: Plume, 1993.

PARADA, Ramón. *Derecho administrativo*. t. I. Parte general. 17. ed. Madri: Marcial Pons, 2008.

PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de derecho administrativo*. 2. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2008.

PIRES, Maria Coeli Simões; BARBOSA, Maria Eliza Braz (Coord.). *Con-sórcios públicos: instrumento do federalismo cooperativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo. In: BARNES VÁZ-QUEZ, Javier (Coord.). *Inovación y reforma en el derecho administrativo*. Sevilla: Global Law Press, 2006.

SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. Le modèle de l' "administration composée" et le rôle du droit administratif européen. *Revue Française de droit administratif*, n. 6, p. 1246-1255, nov./dez. 2006.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. La teoría general del derecho administrativo como sistema. Madri: Marcial Pons, 2003



SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Contratos públicos: direito administrativo geral*. t. III. Lisboa: Dom Quixote, 2008.

VIANA, Cláudia. A globalização da contratação pública e o quadro jurídico internacional. In: GONÇALVES, Pedro (Org.). *Estudos de contratação pública*. t. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 23-49.

VIANA, Cláudia. *Os princípios comunitários na contratação pública*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

VINCENT-JONES, Peter. *The new public contracting: regulation, responsiveness, relationality*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

A noção de contrato administrativo no Brasil – Reflexão por ocasião dos 30 anos da Constituição de 1988 ¹

FERNANDO MENEZES ²

Resumo:

Ao tempo em que se completam 30 anos de vigência da Constituição Brasileira de 1988, o presente estudo tem por objetivo refletir em que medida as tendências decorrentes da aplicação da Constituição, em especial, em razão de sua força expansiva baseada no reforço aos direitos fundamentais, podem ter impactos na tradicional noção de contrato administrativo adotada no Brasil, por sua vez muito ligada a um regime rígido de prerrogativas da administração pública.

Palavras-chave: contrato administrativo; Constituição brasileira.

¹ O presente texto, que serviu de base para a exposição feita pelo autor na Conferência “O direito administrativo nos 30 anos da Constituição brasileira de 1988: um diálogo luso-brasileiro”, promovido pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, foi originalmente publicado na obra M. S. ZANELLA DI PIETRO e F. MOTTA (coord.), *O direito administrativo nos 30 anos da Constituição*, Belo Horizonte, Fórum, 2018. Há alterações e acréscimos na presente versão.

² Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor e livre-docente pela mesma Faculdade. Professor visitante da Universidade de Lyon.

**Abstract:**

On the occasion of Brazilian Constitution's 30th anniversary, this paper aims to discuss the impacts that the tendencies of constitutional practice, especially due to its expansive force based on fundamental rights, may produce on the traditional notion of administrative contract adopted in Brazil, which is strictly linked to a rigid regime of public administration prerogatives.

Keywords: *administrative contract; Brazilian Constitution.*

Sumário:

1. Apresentação; 2. O efeito expansivo da Constituição por meio dos direitos fundamentais; 3. O efeito expansivo da Constituição por meio da abrangência temática; 4. Contrato administrativo no direito constitucional vigente; 5. Tendência de valorização da atuação consensual da administração e de respeito aos compromissos contratuais.

1. Apresentação

Passados 30 anos da vigência da Constituição brasileira de 1988, acumulou-se experiência suficiente para uma avaliação mais segura sobre seu impacto quanto ao modo de ser do direito no Brasil.

Hoje o direito brasileiro dá efetivamente à Constituição um papel central e sente em todo seu domínio o efeito expansivo que ela possui.

Em breve análise desse efeito expansivo, dois aspectos se destacam. Por uma abordagem funcional, a preeminência dos direitos fundamen-

tais e o reforço dos instrumentos de controle jurisdicional, a moldar a dinâmica da produção do direito. Por uma abordagem estrutural, o detalhamento de diversas matérias no próprio texto constitucional – em particular, no que diz respeito ao objeto do presente estudo, o detalhamento do direito aplicável às relações que envolvem a administração pública.

Prossiga-se com algumas considerações a respeito desses dois aspectos.

2. O efeito expansivo da Constituição por meio dos direitos fundamentais

A Constituição nasceu com o evidente sentido político de restaurar um regime democrático no País, edificando um sistema constitucional sobre os pilares dos direitos fundamentais.

Na visão de C. LAFER³, a Constituição teve êxito como peça principal de ordenação social articuladora dos valores fundamentais de “paz, igualdade e liberdade”, no contexto da “expansão axiológica do Direito”: “um dos objetivos dos princípios gerais que permeiam as Constituições contemporâneas”.

A legitimidade da Constituição reforça-se pelo processo de sua elaboração. Como ressalta R. F. BACELLAR FILHO⁴, “diferentemente das sete Constituições anteriores, a atual é fruto da participação de todos os segmentos da sociedade”.

3 “Variações sobre a Justiça”, in jornal *O Estado de São Paulo*, edição de 18 de novembro de 2012, p. 2.

4 *Processo administrativo disciplinar*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 21.



Nesse sentido, P. DALLARI⁵ sustenta que o ponto central do sucesso desse processo foi a busca de “legitimidade e compromisso”: um processo pelo qual se maximizou a participação da sociedade, de modo a permitir que seus diversos segmentos se sentissem minimamente contemplados e assim tendessem a reconhecer a legitimidade da Constituição e a “adotarem-na como instrumento de referência apto a assegurar e balizar o convívio pacífico”.

Como resultado, todas os segmentos sociais vislumbraram seus interesses resguardados pela Constituição; e mais: muitas vezes transformados em “direitos fundamentais”, seja por previsão expressa, seja por uma leitura ampliadora de normas de caráter principiológico.

Os direitos fundamentais, tal como tratados pela Constituição brasileira, em sua conexão com princípios, são a mais relevante marca do sistema constitucional atual e mais importante fator para sua compreensão.

De modo associado a essa opção pela valorização dos direitos fundamentais, a Constituição instituiu um amplo sistema de controle da validade dos atos praticados pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo, entregando ao Poder Judiciário e ao Ministério Público o protagonismo para tanto.

Hoje dificilmente pode-se encontrar exemplo de ato legislativo ou ato administrativo que não esteja passível de controle jurisdicional – o que, até aí, é consequência necessária do estado de direito – e sob o argumento – aqui situa-se a peculiaridade que se está a analisar – de violação de algum direito fundamental ou princípio constitucional⁶.

5 “A Experiência Constitucional Brasileira na Transição Árabe”, in *Revista Política Externa*, v. 21, n.º 1, jun/jul/ago, São Paulo, Paz e Terra, 2012.

6 Elementos, aliás, cada vez mais intercambiáveis ante uma tendência (no mais das vezes, de mera retórica...) de tratar os direitos fundamentais como princípios e de tratar princípios constitucionais como direitos fundamentais.

Evidentemente não se está a negar a essencialidade, no âmbito jurídico e no âmbito político, dos (autênticos) direitos fundamentais; nem a relevância do controle de legalidade, incluída a constitucionalidade, dos atos legislativos e administrativos. Esse, aliás, é o ponto em que se baseia o argumento central deste artigo.

O caso brasileiro tem levado essa dinâmica do controle com base em princípios, ou com base em direitos fundamentais de índole principiológica, a extremos questionáveis em termos de salubridade do estado de direito, em face da instabilidade da lei e dos atos jurídicos em geral, gerada pela imprevisibilidade do resultado do controle baseado em parâmetros vagos e ambíguos. Este tema, todavia, é matéria para aprofundamentos em outra sede.

3. O efeito expansivo da Constituição por meio da abrangência temática

Quanto ao segundo aspecto acima apontado, tem-se uma Constituição extremamente abrangente em seu texto, descendo a minúcias do tratamento de inúmeras matérias⁷.

⁷ Esse fator, se, por um lado, decorre do processo de legitimação da Constituição, como logo acima mencionado, por outro lado, traz evidentes dificuldades políticas e administrativas. Acompanhando L. R. BARROSO, pode-se avaliar que a “constitucionalização excessiva dificulta o exercício do poder político pelas maiorias, restringindo o espaço de atuação da legislação ordinária. O resultado prático é que, no Brasil, a política ordinária se faz por meio de emendas constitucionais, com todo o incremento de dificuldades que isso representa” (“20 anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil”, in *Revista do Advogado: 20 anos da Constituição*, ano XXVIII, n.º 99, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, 2008 p. 83). Ainda que também não caiba neste artigo desenvolver esse tema, registre-se que esse fenômeno não se pode manter por muito tempo. Traz ele implícito seu próprio esgotamento, já que, a partir de certo grau de intensidade, provavelmente levará para a mesma Constituição o descrédito que hoje, de senso comum, parece recair sobre a legislação ordinária. Não é à toa que já se começa a discutir com frequência cada vez maior a inconstitucionalidade de normas introduzidas na Constituição por emendas.



Particularmente no tocante à administração pública e ao direito administrativo, a Constituição foi pródiga em sua intervenção normativa.

Como observa O. MEDAUAR⁸, escrevendo há dez anos, “no curso de 20 anos, a Constituição revelou-se catalisadora da evolução do Direito Administrativo e de práticas administrativas em prol dos direitos das pessoas físicas e jurídicas”.

Isso tanto porque a Constituição de 1988, mais do que suas antecessoras, “reservou importante tratamento para os assuntos referentes à Administração Pública e ao Direito Administrativo” como porque, do tratamento dado pela Constituição aos princípios fundamentais da República brasileira e aos direitos e garantias fundamentais, decorre um foco predominante nos direitos das pessoas, com necessário impacto sobre o direito administrativo (e sobre o direito em geral)⁹.

A compreensão desse fenômeno permite fixar a hipótese que se pretende desenvolver na sequência deste artigo: ao tratar de diversos temas relativos à administração pública – dentre eles, indiretamente, os contratos administrativos – a Constituição originalmente deu margem à adoção de uma certa visão conceitual, a qual progressivamente vem sendo alterada pela dinâmica da interpretação constitucional baseada em certos princípios e direitos fundamentais.

8 “Constituição de 1988: catalisadora da evolução do Direito Administrativo?”, in *Revista do Advogado*, Ano XXVIII, n.º 99, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, 2008, p. 107.

9 O. MEDAUAR, “Constituição de 1988”, pp. 103-104.

4. Contrato administrativo no direito constitucional vigente

A Constituição de 1988 não traz um conceito de contrato administrativo. É normal que não o faça.

O texto constitucional, por diversas vezes, vale-se da expressão “contrato”, aplicada à administração pública, porém sem dar-lhe tratamento sistemático, nem lhe definir regime específico.

Assim, exemplificativamente, há dispositivos constitucionais que preveem: competência legislativa para a matéria de contratação administrativa (artigo 22, XXVII) e de contratos das empresas estatais (artigo 173, § 1º, III); ou a necessidade de licitação para a celebração de certos contratos (artigo 37, XXI); ou o caráter contratual de certas relações jurídicas da administração (artigo 175; artigo 37, § 8º; artigo 177, § 1º); ou a competência para determinados atos de controle de validade dos contratos (artigo 71, § 1º); ou, a título de sanção, a vedação de contratar com a administração (artigo 195, § 3º).

É certo que, *en passant*, num caso pontual ligado à assistência à saúde, a Constituição faz uma referência a contrato “de direito público” (artigo 199, § 1º); contudo, não dá elementos para a definição desse regime.

De todo modo, seja pela pré-compreensão que os intérpretes da Constituição têm sobre o sentido de “contrato administrativo”, seja pela tendência de vislumbrarem na Constituição um “regime de direito público” no qual naturalmente inserir-se-ia a ação administrativa de contratar, pode-se constatar, por consequência, o impulso majoritário de se admitir originalmente uma leitura unificadora do regime contratual da administração.



F. DE AZEVEDO MARQUES NETO¹⁰ detecta e critica essa tendência, que denomina “maldição do regime único”: “embora possamos cogitar de uma enormidade de tipos distintos de contratos de que o poder público pode participar, nosso Direito Administrativo (aqui não só a doutrina, mas também a Lei) procura reduzir tudo a um único regime contratual. E, pior, inspirado num tipo de contrato: a empreitada para obras de engenharia, molde das disposições da Lei n.º 8.666/93”¹¹.

Segue o autor sugerindo que o problema apontado não se resolve com a existência de leis especiais cuidando de certos tipos contratuais (como as leis sobre concessões e PPPs), seja porque o regime traçado por tais leis contém lacunas, seja porque “a doutrina sempre procurará interpretar as disposições específicas previstas para esses contratos a partir do regime jurídico geral, como se a Lei n.º 8.666/93 tivesse uma prevalência (como regime geral dos contratos administrativos) ou, então, como se ela servisse de pauta hermenêutica para interpretar o regime especial”¹².

Com efeito, pode-se explicar essa tendência pelo modo como a doutrina brasileira acolheu a noção de contrato administrativo, antes mesmo que o direito legislado a incorporasse.

10 “Do contrato administrativo à administração contratual”, in *Revista do Advogado*, Ano XXIX, n.º 107, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, 2009, p. 78.

11 Insira-se aqui um comentário para esclarecer aos leitores não tão familiarizados com o direito positivo brasileiro que a referida Lei n.º 8.666/93 é a “lei geral” e “lei de normas gerais” sobre contratos administrativos: “lei geral” no sentido de pretender reger os casos de que trata expressamente e ainda se aplicar subsidiariamente a casos disciplinados por leis especiais; “lei de normas gerais” no sentido de atender à sistemática constitucional que estabelece a competência da União, no tocante a certas matérias, para editar normas gerais, restando aos demais entes da Federação competência para legislar concorrentemente, quanto a normas específicas, nos seus respectivos âmbitos.

12 F. DE AZEVEDO MARQUES NETO, “Do contrato administrativo”, p. 78.

Aliás, a esse propósito, M. S. ZANELLA DI PIETRO sintetiza com precisão o papel da doutrina na consolidação do direito administrativo brasileiro: “embora sem caráter vinculante, a doutrina desempenhou importante papel como *fonte material* do Direito Administrativo, na medida em que as construções doutrinárias foram sendo incorporadas pelo direito positivo. Por outras palavras, a doutrina foi, em muitas matérias, a fonte inspiradora da elaboração legislativa”¹³.

Em matéria de contratos administrativos, a consolidação doutrinária da matéria, ao longo do século XX, precedeu sua (tardia) acolhida em uma lei geral, o que se deu somente com o Decreto-Lei n.º 2.300/86, cujas ideias gerais mantêm-se com a Lei n.º 8.666/93.

Num resumo de ideias que este autor teve a oportunidade de expor em outra obra¹⁴, pode-se dizer que, G. JÈZE (em seus célebres artigos publicados na *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, entre os anos 1930 e 1936, sob o título “*Théorie Générale des Contrats de l'Administration*”), quando propôs um modelo teórico para explicar o direito francês, fruto da atividade do Conselho de Estado, vislumbrou, em suma, o contrato administrativo como um procedimento de técnica jurídica posto à disposição dos agentes públicos para assegurar o funcionamento regular e contínuo dos serviços públicos.

Tomou por ponto de partida a ideia de ser inerente ao serviço público a variação, no tempo, de suas necessidades, o que leva a que o objeto de um contrato celebrado por certo prazo deva poder sofrer alterações; ou mesmo que o próprio contrato deva poder ser extinto.

¹³ *Direito administrativo*, 30ª ed., São Paulo, GEN/Forense, 2017, p. 68.

¹⁴ F. (Fernando) MENEZES DE ALMEIDA, *Contrato administrativo*, São Paulo, Quartier Latin, 2012, pp. 350/351.



Por outro lado, afirmou como princípio fundamental da execução dos contratos da administração o “respeito à palavra dada”; e definiu “contrato” como acordo bilateral de vontades com o fim criar uma situação jurídica individual. O regime especial de “direito público” que a ele se associa diz com a natureza do *objeto* contratual; e não com o *contrato* em si.

Todavia, o sentido comum teórico dessa ideia consolidou-se na França, numa redução simplificadora, como havendo um regime especial dos contratos administrativos, a incluir as possibilidades, para a administração, de alteração unilateral do contrato, de rescisão unilateral do contrato por razões de interesse público e de ação unilateral auto-executória também em outras medidas inerentes à execução contratual: basicamente um poder de direção e controle e um poder de sanção – tudo isto tendo como contraponto a imutabilidade do equilíbrio financeiro do contrato.

Com esta última configuração é que a teoria do contrato administrativo entrou e consolidou-se no Brasil. Mais ainda: na ausência de mecanismos de criação jurisprudencial do direito administrativo e na ausência de legislação a respeito em um primeiro momento, entrou e consolidou-se como dogma doutrinário, aceito progressivamente pela jurisprudência (judicial) e posteriormente incorporado pela legislação, com um sentido de regime de referência (de aplicação direta ou subsidiária) para todo o fenômeno convencional da administração.

A Lei n.º 8.666/93 – não somente pela expressão de seu texto normativo, mas especialmente pela interpretação que lhe dá parte relevante da doutrina e dos órgãos de controle da administração – é a expressão mais significativa dessa incorporação de uma ideia rígida de contrato administrativo. Rígida em dois sentidos: de um regime impositivo para a administração, com pouca margem de adaptabilidade a casos concretos; e de um regime que dá relevância aos mecanismos unilaterais de decisão

da administração em detrimento da consensualidade inerente aos contratos enquanto atos de produção autônoma do direito.

Iniciou-se o presente tópico com a afirmação de que a Constituição de 1988 (naturalmente) não traz um conceito de contrato administrativo. Já a Lei n.º 8.666/93 refere-se expressamente a “contrato administrativo” e dá uma definição de “contrato”. Verifique-se primeiro o sentido geral da Lei, passando-se então à sua compreensão de “contrato”.

A Lei n.º 8.666/93 é uma lei federal. Ao legislar sobre a matéria, a União Federal fundamentou-se na regra de competência estabelecida no artigo 22, XXVII, da Constituição federal:

Artigo 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXVII- normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no artigo 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do artigo 173, § 1º, III;¹⁵

Ocorre que, em que pese a citada norma constitucional trate de “contratação”, a Lei n.º 8.666/93 refere-se a “contratos”. Deixa isso claro desde sua ementa – “[...] institui normas para licitações e contratos da

15 Aliás, a posição de tal dispositivo resulta de impropriedade técnica. Com efeito, pela sistemática da Constituição, seria mais adequada sua inserção no rol de competências concorrentes, posto ser característica dessas competências sua repartição entre União e Estados pelo critério das “normas gerais”. Nesse sentido, ver a crítica de F. (Fernanda) DIAS MENEZES DE ALMEIDA, *Competências na Constituição de 1988, 5ª ed.*, São Paulo, Atlas, 2010, p. 87.



Administração Pública e dá outras providências” –, repetindo a expressão “contratos” também em seu artigo 1º.

Este inciso XXVII do artigo 22 deveria ser compreendido como exceção, posta pela própria Constituição é certo, à autonomia dos entes federativos, no aspecto de legislarem sobre seu próprio direito administrativo. E, como exceção, deveria ser interpretado restritivamente.

Todavia, recebeu interpretação extensiva no tocante a um de seus aspectos principais, ao qual, entretanto, tem-se dado pouca relevância: a identificação de “contratação” com “contrato”, quanto, com efeito, são noções diferentes: contratação é a ação de contratar, enquanto contrato é o objeto dessa ação.

Os aspectos estruturais dos contratos administrativos (ex.: tipos contratuais, cláusulas necessárias, regime jurídico próprio) dizem respeito à noção de contrato. Já contratação envolve as normas de regência do ato de contratar (ex.: necessidade de previsão de recursos orçamentários, respeito ao resultado do procedimento licitatório, controles externos e internos pertinentes).

Para mostrar que não se trata de mera distinção cerebrina, cabe lembrar o que o direito da União Europeia, mesmo não empregando literalmente essas mesmas expressões, separa, de um lado, a ideia de contratação, a merecer regramento conjunto com a licitação, e, de outro, a ideia de contratos, dando aos temas tratamento diverso em termos da competência da União e dos Estados que a integram.

Sabe-se, contudo, que, no caso brasileiro, essa interpretação está, na prática, fora de questão e sequer foi, em momento oportuno, levanta-

da como objeção à aplicação da Lei¹⁶, que, sem hesitar, toma “contrato” como sendo o sentido da “contratação” a que se refere a regra constitucional sobre competência.

De todo modo, admitindo-se que tal posição de fato prevalece, a competência da União privativa para legislar sobre normas de contratos administrativos não se esgota na Lei n.º 8.666/93.

Assim, vários outros exemplos podem ser dados de leis tratando de contratos específicos, porém por meio de normas gerais. São os casos, entre outros, da Lei n.º 8.987/95, quanto aos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos em geral e de concessão de obras públi-

16 Objetou-se, sim, à ideia de que todos os dispositivos da Lei contivessem normas gerais (como sugere expressamente seu artigo 1º) e que fossem, portanto, aplicáveis a todos os entes federativos. Com efeito, salta aos olhos que a Lei desce em minúcias incompatíveis com a noção de normas gerais, por mais difícil que seja a sua definição. Entretanto, a controvérsia sobre a aplicação da Lei n.º 8.666/93 foi resolvida pelo Supremo Tribunal Federal (ADI n.º 927-MC, Rel. Min.º Carlos Velloso, j. 3.11.93, Tribunal Pleno). Na ocasião, cautelarmente (situação que já se consolidou pelo tempo, posto tratar-se de decisão tomada em 1993): 1) suspendeu-se a aplicação aos Estados, Distrito Federal e Municípios, da expressão “permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo” contida no artigo 17, I, “b”; 2) suspenderam-se os efeitos da letra “c” do mesmo inciso; 3) suspendeu-se a aplicação aos Estados, Distrito Federal e Municípios, da expressão “permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública” contida no artigo 17, II, “b”; 4) suspendeu-se a eficácia de todo o § 1º do artigo 17. Todavia, o argumento principal da decisão não era puramente o caráter geral ou específico das normas, aparecendo no voto de alguns Ministros o fato de o tema versado nesses dispositivos fugir ao sentido de *licitação e contratação*, podendo ser compreendido preponderantemente como *gestão de bens públicos*, o que a Constituição mantém como competência legislativa de cada ente federativo, segundo sua autonomia. De resto, em que pese o voto do Ministro Relator ter afirmado, em tese, que seria inconstitucional a aplicação a Estados, Distrito Federal e Municípios dos dispositivos da Lei que não consistissem em norma geral (o que poderia levar à *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto* da menção a esses outros entes federativos no artigo 1º da Lei), tal declaração de inconstitucionalidade não se processou afinal. Parece, pois, ter restado intocada a ideia de que a lei, “autoconsiderando-se” de normas gerais, passa a revestir-se dessa qualificação. De todo modo, raras, aliás, são leis estaduais e municipais que não acolhem espontaneamente as “normas gerais” contidas na Lei n.º 8.666/93.



cas; da Lei n.º 9.074/95, quanto à concessão ou permissão de serviços e instalações de energia elétrica e de aproveitamento energético de cursos de água; da Lei n.º 9.472/97, quanto à concessão em matéria de telecomunicações; da Lei n.º 9.478/97, quanto à concessão para atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural; da Lei n.º 11.079/04, quanto a contratos que caracterizem parcerias público-privadas; da Lei n.º 11.107/05, quanto a consórcios públicos.

Passando-se agora ao aspecto conceitual, a Lei n.º 8.666/93 assim define “contrato”:

Artigo 2º [...] Parágrafo Único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Esse dispositivo já aponta para insuficiência sistemática do tratamento do tema no Brasil. Mostra o legislador que compreende, de fato, que contrato é a expressão mais usual; e admite, implicitamente, que por vezes, na prática, se recorre a outra expressão, possivelmente para se evitar determinado regime jurídico.

Vem então a Lei afirmar que aquilo que ela mesma diz “contrato” há de abranger todo e qualquer acordo de vontades para a formação de vínculos jurídicos, independentemente do nome que possua.

A consequência disso é uma significativa expansão, ao menos em termos potenciais, do regime da Lei n.º 8.666/93 a todas essas figuras.

Se, por um lado, o intuito da Lei – supõe-se – é moralizador, no sentido de impor seu regime mais rígido a todos os contratos; por outro, reuni-los sob um mesmo regime, excessivamente detalhado, evidentemente não se mostra adequado ante a complexidade inerente à variedade das situações concretas a serem tratadas de modo contratual pela Administração.

E, com efeito, isso não impede – nem seria essa a intenção da Lei n.º 8.666/93, até porque não factível – que outras leis estabeleçam diversos regimes jurídicos para outros contratos. Ou seja, enquanto gênero, contrato não pode remeter a um regime único, uniforme e completo, aplicável a todos os contratos celebrados pela Administração.

Dado o alcance amplo de sua definição de contrato, identifica-se na Lei o sentido de “lei geral”, que se aplica plenamente aos casos que expressamente prevê e subsidiariamente aos casos previstos em leis especiais.

Todavia, sempre restará a difícil questão de se saber qual a medida da aplicação subsidiária da Lei n.º 8.666/93 a esses outros casos – questão cuja solução não é facilitada pelo uso de expressões como “no que couber”¹⁷, praticamente inútil em termos de precisão.

17 É, p. ex., o caso dos convênios e figuras congêneres (Lei n.º 8.666/93, artigo 116); dos contratos cujo conteúdo é regido predominantemente por norma de direito privado e dos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público (Lei n.º 8.666/93, artigo 62, § 3º); e dos contratos relativos aos imóveis da União e a operações de crédito e concessão de garantias (Lei n.º 8.666/93, artigo 121, parágrafo único). Quanto às concessões de serviços públicos e de obras públicas, bem como as permissões de serviços públicos, a Lei n.º 8.987/95 invoca, além de seu próprio regime e do artigo 175 da Constituição federal, outras “normas legais pertinentes” (artigo 1º). Já na Lei n.º 11.079/04, sobre as concessões que caracterizam parcerias público-privadas, a remissão “no que couber” é feita para a Lei n.º 8.987/95.



5. Tendência de valorização da atuação consensual da administração e de respeito aos compromissos contratuais

A compreensão do contrato administrativo no Brasil segundo um modelo rígido, ligado a um regime padronizado de prerrogativas contratuais (“contratuais”, porém, inegociáveis) da administração, merece críticas do ponto de vista da teoria do direito.

Mais uma vez recorrendo a ideias já desenvolvidas em outra oportunidade¹⁸, pode-se afirmar criticamente que uma teoria que pretenda explicar o fenômeno convencional da administração, deve, antes de mais nada, apartar situações verdadeiramente convencionais, de situações com mera aparência externa convencional, mas com caráter materialmente legal.

É, assim, importante compreender a distinção entre os aspectos presentes em contratos que decorram diretamente de imposições legais (situações jurídicas objetivas), e aspectos propriamente convencionais (situações jurídicas subjetivas).

A teoria do contrato administrativo, especialmente no contexto de maior complexidade do fenômeno contratual ante a diversificação das formas de parcerias entre administração e particulares, deve acolher uma ampla possibilidade de gradação de situações objetivas e subjetivas coexistindo em uma mesma relação estruturalmente convencional, desprendendo-se, pois, da ideia de incidência necessária e automática de um rol de prerrogativas de ação unilateral auto-executória da administração.

Parece ser muito mais coerente com a noção de “contrato” basear eventual regime de prerrogativas da administração não em algo inerente ao contrato em si, nem na mera presença da administração, mas sim em

18 F. (Fernando) MENEZES DE ALMEIDA, *Contrato administrativo*, pp. 382/385.

algo inerente à natureza do objeto do contrato, o que varia, caso a caso, em cada contrato administrativo.

Deste modo, nem todo contrato administrativo comportaria tais prerrogativas, mas somente os contratos que tivessem por objeto algo que, por sua natureza, independentemente de execução via contrato, exigisse permanente possibilidade, a ser dada pelo direito positivo, de modificação por parte da administração, com o objetivo de se atender ao interesse público.

Com esta perspectiva, a mutabilidade dirá respeito antes ao objeto contratual e, reflexamente, ao contrato. Eventualmente nem mesmo cláusulas contratuais precisam ser modificadas para que se repositone o tratamento normativo do objeto contratual, salvo as modificações para que se proceda ao conseqüente reequilíbrio econômico-financeiro.

Desta opção de associar as prerrogativas da administração ao objeto, e não ao contrato – ou seja, a qualquer contrato em que a administração tome parte –, decorre a inadequação de que se dê um tratamento, em termos de uma lei geral, a todos os contratos que tenham a administração como parte. Mais adequado é o tratamento legal diversificado, que considere os contratos em razão de seu objeto.

Entretanto, para além da perspectiva abstrata da teoria do direito, pode-se também constatar que a experiência constitucional vivida nos últimos 30 anos vem corroborar a crítica teórica acima delineada.

Com efeito, analisando o fenômeno contemporâneo de transformações do direito administrativo, M. S. ZANELLA DI PIETRO¹⁹ aponta, visando o caso brasileiro, que “as principais inovações foram introduzidas após a Constituição de 1988 e reforçadas pelas sucessivas Emendas”. Ao sis-

19 *Direito administrativo*, pp. 34 e seguintes.



tematizar as principais transformações ou tendências, inicia justamente – podendo-se, portanto, entende-la a mais impactante ou abrangente – pela “constitucionalização do Direito Administrativo”.

A vivência constitucional, tanto pela interpretação ampliativa de princípios constitucionais da administração pública – destaque-se a tendência inaugurada pela Emenda Constitucional n.º 19/98, centrada no princípio da eficiência – como pela progressiva introdução de alterações em políticas setoriais – exemplifique-se com a abertura de setores da economia para a exploração privada, no mais das vezes em parceria com o estado, e sob a regulação de novos órgãos estatais – é propiciadora da ampliação da complexidade do fenômeno contratual da administração, a ensejar aquela crítica teórica.

No mesmo sentido, a revalorização de uma perspectiva das relações jurídicas pela óptica dos direitos (fundamentais) e a revalorização da segurança jurídica²⁰ e da participação, respectivamente como elementos inerentes ao estado de direito²¹ e ao regime democrático constitucionalmente assegurados, igualmente militam para o ganho de relevância, no panorama do direito administrativo contemporâneo, do contrato administrativo enquanto instrumento vinculante da administração e dos mecanismos de consenso como método de ação e decisão administrativas.

20 “Portanto, é a segurança, a estabilidade, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas. Daí que o Direito não poderia alhear-se disto. Não teria sequer como prosperar a não ser apoiado sobre esta base estrutural. Eis porque o *princípio da segurança jurídica* é, provavelmente, o maior de todos os princípios fundamentais do Direito, já que se encontra em sua base, em seu ponto de partida” (C. A. BANDEIRA DE MELLO, *Grandes temas do direito administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2009, p. 12).

21 Tendência nitidamente constatada na jurisprudência dos órgãos jurisdicionais brasileiros, notadamente do Supremo Tribunal Federal. A propósito, ver diversas abordagens em *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica* (coord. R. VALIM, J. R. PIMENTA OLIVEIRA e A. NEVES DAL POZZO).

Pode-se concluir que, ainda que não trate diretamente do regime do contrato administrativo, a Constituição de 1988 e a prática institucional de sua aplicação, ao longo desses 30 anos, tem assim contribuído para uma evolução da compreensão do fenômeno contratual da administração pública.

6. Bibliografia

ALMEIDA, Fernanda DIAS MENEZES DE, *Competências na Constituição de 1988*, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 2010.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, *Processo administrativo disciplinar*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Grandes temas do direito administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto, “20 anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil”, in *Revista do Advogado: 20 anos da Constituição* (coord. Fernando MENEZES DE ALMEIDA), ano XXVIII, n.º 99, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, 2008.

DALLARI, Pedro, “A Experiência Constitucional Brasileira na Transição Árabe”, in *Revista Política Externa*, v. 21, n.º 1, jun/jul/ago, São Paulo, Paz e Terra, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia ZANELLA, *Direito administrativo*, 30ª ed., São Paulo, GEN/Forense, 2017.

JÈZE, Gaston, “Théorie Générale des Contrats de l’Administration”. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Étranger*.



Années 1930 a 1936, Paris, Marcel Giard, 1930 a 1933 / Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1934 a 1936.

LAFER, Celso, “Variações sobre a Justiça”, in jornal *O Estado de São Paulo*, edição de 18 de novembro de 2012.

MARQUES NETO, Floriano DE AZEVEDO, “Do contrato administrativo à administração contratual”, in *Revista do Advogado*, Ano XXIX, n.º 107 (coord. Sebastião BOTTO DE BARROS TOJAL), São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, 2009.

MEDAUAR, Odete, “Constituição de 1988: catalisadora da evolução do Direito Administrativo?”, in *Revista do Advogado*, Ano XXVIII, n.º 99 (coord. Fernando MENEZES DE ALMEIDA). São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2008.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (coord.), *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica*, Belo Horizonte, Fórum, 2013.

A expansão do regime de Direito Público dos contratos da administração pública ¹

PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ ²

Resumo

O ordenamento jurídico vem tentando controlar as técnicas utilizadas pela Administração Pública para subtrair os seus contratos a vinculações jurídico-públicas, evitando a fuga para o direito privado. Mas a expansão do regime de direito público que daí resulta – do seu âmbito de aplicação objectivo e subjectivo – deu lugar a uma séria indefinição das fronteiras dos conceitos de contrato público e de contrato administrativo, no quadro de uma evolução que se iniciou pelo regime aplicável à fase pré-contratual mas acabou a abranger o regime de execução dos contratos, tanto no plano substantivo quanto no plano processual.

¹ O presente escrito reproduz o essencial da intervenção apresentada na Conferência *O Direito Administrativo nos 30 Anos da Constituição Brasileira de 1988: um Diálogo Jurídico-Brasileiro*, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em 16 de Outubro de 2018. Agradeço à Comissão Coordenadora da Conferência, constituída pelas Senhoras Professoras Carla Amado Gomes e Ana Neves e pelos Senhores Professores Eurico Bitencourt Neto e Fabrício Motta, pelo amável convite dirigido para participar neste evento.

² Doutor em Direito. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogado da Sérvulo & Associados. Director da Revista de Direito Administrativo. Contacto: pedrofsanchez@fd.ulisboa.pt.



Palavras-chave: Contrato público; contrato administrativo; organismo de direito público; jurisdição administrativa; fuga para o direito privado.

Abstract

The legal system has been seeking to control the techniques used by Public Administration to evade its contracts to public legal duties, avoiding the evasion to private law. The resulting expansion of the public law regime – of its objective and subjective scope – caused a serious undefinition of the borders of the concepts of public contract and administrative contract, in the context of an evolution that began with the regime applicable to the pre-contractual stage but eventually covering the implementation of contracts regime, both in its substantive and procedural aspects.

Keywords: *Public contract; administrative contract; body governed by public law; administrative jurisdiction; evasion to private law.*

Sumário

1. Enquadramento. **2.** Expansão do regime de direito público nos contratos da Administração: o regime pré-contractual: **2.1** Âmbito subjectivo; **2.2** Âmbito objectivo. **3.** Efeitos colaterais para o regime de execução dos contratos da Administração: **3.1** Colocação do problema; **3.2** Passo intermédio da administrativização: a vertente processual; **3.3** Vertente substantiva; **3.4** Idem: o regime substantivo português após a Revisão do Código dos Contratos Públicos de 2017. **4.** Conclusão.

1. Enquadramento

1. Não é imaginável a hipótese de a Administração Pública contemporânea dispensar o recurso a formas contratuais de relacionamento com os administrados e reservar as técnicas de satisfação do interesse público a formas de actuação meramente unilaterais. Do recurso ao contrato da Administração Pública depende hoje boa parte dos meios de prossecução das necessidades da colectividade, o que torna aquele instrumento contratual numa das categorias básicas do Direito Administrativo³. No limite, tem-se mesmo sugerido que o princípio da participação dos interessados, elevado pela Constituição a pilar do Direito Administrativo actual⁴, poderia fundamentar hoje uma preferência por actuações negociais e concertadas em detrimento de actuações unilaterais e autoritárias⁵ – o que equivale a dizer, de modo simplificado, uma preferência pelo recurso ao contrato em detrimento do acto administrativo⁶.

Todavia, é precisamente o relevo concedido às formais contratuais de actuação da Administração Pública que torna mais séria a inseguran-

3 Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *O Contrato Administrativo – Uma Instituição do Direito Administrativo do nosso Tempo*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 23 e segs.; idem, *Direito dos Contratos Públicos*, 2.ª ed., Vol. I, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 14-17 e 70; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 12 e segs.; FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 443 e segs..

4 Cfr. MATHIAS SCHMIDT-PREUSS, “Gegenwart und Zukunft des Verfahrensrechts”, NVwZ, 2005, pp. 489-490; PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, I, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 104-106.

5 Cfr. PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, I, Coimbra, Almedina, 2013, p. 326.

6 Para sistematização das vantagens comparativas do recurso à forma contratual, cfr. MARK KIRKBY, *Contratos sobre o Exercício de Poderes Públicos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 38 e segs.; JORGE ALVES CORREIA, *Contrato e Poder Administrativo – O Problema do Contrato sobre o Exercício de Poderes Públicos*, Coimbra, Gestlegal, 2017, pp. 555 e segs.. Criticamente, cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *O Contrato Administrativo*, p. 24. Para referências comparadas, cfr. JODY FREEMAN / MARTHA MINOW (org.), *Government by Contract (Outsourcing and American Democracy)*, Cambridge, Harvard University Press, 2009; JEAN-BERNARD AUBY, “Comparative Approaches to the Rise of Contract in the Public Sphere”, *Public Law*, 2007, n.º 1, pp. 40 e segs..



ça causada pela indefinição das fronteiras das vinculações que o Direito Administrativo impõe aos entes públicos quando recorrem a um instrumento contratual. O ordenamento deve, desejavelmente, conceder aos operadores jurídicos uma percepção clara sobre se os vínculos que os relacionam com entidades materialmente administrativas se encontram ou não sujeitos a um regime jurídico-público. Mas essa certeza vem diminuindo em razão da necessidade que os ordenamentos jurídicos, incluindo o português, vêm sentindo quanto a modificar, de modo expansivo, as fronteiras do regime dos contratos da Administração Pública, em ordem a evitar as crescentes técnicas de fuga às vinculações públicas.

2. É conhecida a razão para essa fuga para o Direito Privado⁷. Embora se não mostrasse totalmente desconhecida até ao final da primeira metade do século XX, tal fuga não precisou de ser usada com frequência pelos decisores públicos enquanto o regime específico do Direito Administrativo – a *privata lex* administrativa⁸ – manteve uma atractividade suficiente para permitir à Administração utilizar técnicas contratuais de relacionamento com os privados sem deixar de manter uma posição de privilégio em face do seu co-contratante. Foi esta, aliás, a justificação da génese do próprio contrato administrativo⁹: o Poder obteve a capacidade

7 Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A Fuga para o Direito Privado*, Coimbra, Almedina, 1999.

8 Para desenvolvimento, cfr. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Os Parâmetros de Controlo da Privatização Administrativa*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 15 e segs..

9 Justificação primeiramente nascida no próprio plano do contencioso administrativo, só daí emergindo um sistema de regulação substantiva criado a partir de um exercício casuístico – cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Coimbra, Almedina, 1990, pp. 31 e segs.; e, por último, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Problema do Contrato Administrativo – No Quadro Normativo do Código dos Contratos Públicos Revisto*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 11-12. Com uma perspectiva mais abrangente sobre todo o Direito Administrativo, e não apenas no plano contratual, cfr., naturalmente, as recensões de VASCO PEREIRA DA SILVA, *Para um Contencioso Administrativo dos Particulares*, Coimbra, Almedina, 1997, pp. 13 e segs.; idem, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 11 e segs.; PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Os Parâmetros*, pp. 15 e segs..

de solicitar a colaboração dos particulares no exercício de tarefas públicas – conseguindo oferecer condições atractivas aos particulares para a formação de relações contratuais com estes – sem que, contudo, acesse cair num plano de total igualdade com os seus co-contratantes, mantendo prerrogativas “exorbitantes” que se mostram coerentes com a ideia de um Direito Administrativo como “direito de prerrogativas especiais da Administração”¹⁰. Longe de nascer motivado por uma motivação altruísta de submissão do Poder ao Direito – o que, nesse caso, tornaria inexplicável o “desconcertante” altruísmo que a Administração Pública teria revelado para se auto-condicionar junto dos administrados¹¹ –, o regime privilegiado para a disciplina substantiva dos contratos da Administração Pública resultou, ele próprio, da medida, previamente adoptada, de estabelecimento de um foro privilegiado de julgamento dos litígios resultante desses contratos¹².

É este “direito do desequilíbrio”¹³ que assegura que o *pacto de colaboração* do particular com o contraente público¹⁴, embora compatibi-

10 Cfr. ANDRÉ DE LAUBADÈRE / J. VENEZIA / Y. GAUDEMET, *Traité de Droit Administratif*, I, 14.ª ed., Paris, LGDJ, 1996, p. 13; LUCA MANNORI / BERNARDO SORDI, *Storia del Diritto Amministrativo*, Bari, Laterza, 2001, pp. 422-423.

11 “Desconcertante” é a qualificação usada pelos próprios defensores dessa concepção utópica do Direito Administrativo, que impediria compreender qualquer racionalidade no seu nascimento – cfr. PROSPER WEIL, *O Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 1977, p. 26.

12 Cfr. SABINO CASSESE, “La Costruzione del Diritto Amministrativo”, in SABINO CASSESE (org.), *Tratato di Diritto Amministrativo – Diritto Amministrativo Generale*, I, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 50-51; JOSÉ LUIS MEILÁN GIL, *La Estructura de los Contratos Públicos*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 76 e segs.. Para estudo desenvolvido da variante anti-judicialista francesa de separação de poderes que possibilitou a formação deste modelo privilegiador do Poder, cfr. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Lei e Sentença – Separação dos Poderes Legislativo e Judicial na Constituição Portuguesa*, I, Lisboa, AAFDL, 2017, pp. 149 e segs..

13 Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: o Sentido da Vinculação Administrativa à Jurisdicção*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 281.

14 Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, I, 10.ª ed., 9.ª reimpr., Coimbra, Almedina, 2007, p. 620.



lizando o conteúdo contratual com o interesse lucrativo do privado¹⁵ e respeite sempre o equilíbrio económico-financeiro inicialmente acordado¹⁶, continue presidido por uma “cláusula de sujeição” aos imperativos ditados pela Administração¹⁷.

Naturalmente, se o ordenamento mantivesse intacto um regime próprio de contratos administrativos que preservasse estas prerrogativas favoráveis à Administração e que não fosse acompanhado por outro tipo de vinculações desvantajosas, não se imaginaria por que motivo o decisor público encetaria uma fuga para o Direito Privado, escapando da *privata lex* que precisamente lhe assegurava um estatuto jurídico privilegiado. Se essa fuga ocorreu, tal deve-se ao facto de o Direito privilegiado da Administração Pública se ter mostrado progressivamente *artilhado* de obstáculos burocráticos¹⁸ destinados, inicialmente, à protecção dos particulares com quem os entes públicos se relacionam, mas também amplificados por ineficiências na regulação jurídica do Direito Administrativo Contratual mais recente¹⁹. A limitação da actividade administrativa em

15 Cfr. PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 172.

16 Cfr. já J. DE MELO MACHADO, *Teoria Jurídica do Contrato Administrativo*, Coimbra, 1937, pp. 265-266; AUGUSTO DE ATHAYDE, “Para a Teoria do Contrato Administrativo: Limites e Efeitos do Exercício do Poder de modificação Unilateral da Administração”, *Estudos de Direito Público em Honra do Professor Marcello Caetano*, Lisboa, Ática, 1973, p. 102.

17 Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual*, p. 620; SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 1987, pp. 363 e segs. e 734; PAULO OTERO, “Estabilidade Contratual, Modificação Unilateral e Equilíbrio Financeiro em Contrato de Empreitada de Obras Públicas”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 56, n.º 3 (1996), p. 925.

18 Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade*, p. 283.

19 Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, “Uma Oportunidade Perdida... Breve Apreciação Crítica do Anteprojecto de Agosto de 2016 de Revisão do Código dos Contratos Públicos”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 118 (2016), pp. 3 e segs.; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Apreciação Geral da Revisão do Código dos Contratos Públicos: em Particular, os Novos Regimes dos Artigos 280.º e 313.º do CCP”, in CARLA A. GOMES *et al.* (coord.), *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, Lisboa, AAFDL, 2017, pp. 18-19; PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, p. 93.

favor de um reforço da sua vertente garantística transformou o regime jurídico-administrativo, antes sedutor para o Poder, num ramo de Direito progressivamente repulsivo para a sua actuação. Além de outras formas de vinculação administrativa, essa evolução, no que especificamente concerne ao plano contratual, balizou consideravelmente a autonomia pública na escolha do co-contratante, em moldes frequentemente excessivos que tornaram a *formação* do contrato num pesadelo burocrático, sem prejuízo de condicionar também o exercício das prerrogativas públicas no âmbito da *execução* do contrato.

Compreende-se, então, a irresistível tentação sentida pelo decisor administrativo para encontrar vias de fuga das vinculações públicas, regressando a um Direito Privado que recuperou a atractividade para a Administração Pública. E, sendo assim, de modo a evitar a possibilidade de diluição dos mecanismos de garantia dos particulares, o legislador precisou de preparar novas técnicas de alargamento do âmbito de aplicação do regime aplicável aos contratos da Administração Pública, impedindo a sua vulnerabilidade aos métodos de fuga para o Direito Privado.

3. Em concreto, neste plano contratual, essa fuga chegou a mostrar-se relativamente fácil em virtude da circunstância de o âmbito de aplicação do regime de direito público ter sido modelado em torno de critérios *jurídico-formais*. Esses critérios deixavam as vinculações públicas verdadeiramente dependentes do próprio decisor público que deveria ser o seu destinatário, uma vez que bastaria a este manipular a qualificação do contrato ou da própria pessoa colectiva pública que assumia a posição de contraente público para escapar da sua aplicabilidade. Na prática, o destinatário das normas jurídico-públicas aplicáveis à actividade contratual da Administração assumia-se como dono da capacidade de definir o leque de contratos a que as vinculações públicas realmente se aplicariam.



Este fenómeno podia verificar-se tanto no plano subjectivo (entidades sujeitas ao regime de Direito Público) quanto no plano objectivo (contratos sujeitos a esse regime).

Num plano *subjectivo*, a circunstância de as categorias jurídico-públicas serem tradicionalmente aplicáveis à Administração Pública em sentido orgânico permitia que a mera manipulação formal da natureza jurídica da personalidade de um ente público (procedendo à privatização da sua forma de organização) fosse suficiente para escapar das vinculações públicas. Neste plano, a personalidade privada não constituía mais do que um “véu” destinado a modificar o Direito aplicável, trocando os procedimentos de direito público por procedimentos privados²⁰. Esse fenómeno mostrava-se tanto mais grave quanto se sabia que o influxo das vinculações de origem europeia vinha aumentando, o que implicava que os próprios Estados-Membros se sentissem agora tentados a atribuir uma diferente qualificação às suas entidades administrativas de modo a afastar a imperatividade do Direito Europeu, o qual podia ficar dependente da escolha unilateral de cada ordem jurídica interna²¹.

Mas, também num plano *objectivo*, a aplicação de um regime jurídico-público a certos contratos formalmente qualificados como “administrativos” ou integrados num determinado tipo contratual regulado pelo Direito Administrativo permitia oferecer ao decisor público – ou ao próprio legislador de um Estado-Membro, quando a fuga fosse dirigida a evitar as vinculações europeias – a faculdade de excluir do seu âmbito

20 Cfr. JOÃO AMARAL E ALMEIDA, “Os «Organismos de Direito Público» e o Respectivo Regime de Contratação: Um Caso de Levantamento de Véu”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 636-637.

21 Sobre este perigo, cfr. Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia de 15 de Maio de 2003 (Processo C-214/00 – *Comissão vs. Espanha*); e de 16 de Outubro de 2003 (Processo C-283/00 – *Comissão vs. Espanha*).

quaisquer outros instrumentos contratuais – agora mesmo que celebrados por entidades assumidamente públicas, para tanto bastando alterar a sua qualificação ou a estrutura do clausulado contratual.

A título de exemplo, a circunstância de a normação europeia em matéria contratual ter sido tradicionalmente desenvolvida em torno de alguns tipos contratuais mais relevantes para o mercado concorrencial – tipos contratuais referentes a fornecimentos de bens, prestações de serviços, empreitadas de obras públicas ou concessões de obras e, mais tarde, de serviços públicos – convidou as Administrações nacionais a recorrerem a tipos contratuais alternativos que permitiam atingir o mesmo resultado material sem se submeter às mesmas obrigações procedimentais burocráticas. Tal sucedeu, por exemplo, com a formação de contratos de sociedade com parceiros privados institucionalizados que, uma vez tendo constituído um novo veículo público-privado, obtinham a responsabilidade pela execução de prestações contratuais que, de outro modo, teriam ficado condicionadas por um regime de contratação pública²².

A percepção deste perigo justificou a formação de um fenómeno de *expansão do regime contratual da actividade da Administração Pública*, ignorando os critérios tradicionais de natureza jurídico-formal e concebendo novas fronteiras de alargamento do âmbito subjectivo e do âmbito objectivo do regime dos contratos da Administração.

22 Cfr. a *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário sobre Contratos Públicos e Concessões*, COM(2005) 569 final.



2. Expansão do regime de direito público nos contratos da Administração: o regime pré-contratual

2.1 Âmbito subjectivo

4. Tendo presente a primazia que o ordenamento jurídico europeu vem concedendo ao princípio da concorrência no quadro dos contratos da Administração Pública²³ – a que se alia a própria preferência constitucional portuguesa por um modelo concorrencial²⁴ –, não é surpreendente que essa expansão do âmbito do regime de direito público principiasse pela fase pré-contratual, destinada à correcta escolha do co-contratante da Administração²⁵.

Nessa fase pré-contratual, e no que diz respeito ao plano *subjectivo*, o desafio colocado ao legislador consistia, como se acaba de ver, no facto de o decisor público conseguir contornar as obrigações de Direito Público através da simples utilização de pessoas colectivas privadas, por si controladas, a quem concedia autonomia meramente formal e a quem conferia a responsabilidade de celebrar os seus contratos em seu próprio lugar.

Para evitar esse fenómeno, o Direito Europeu e, na sua sequência, os Direitos nacionais passaram a recorrer à conhecida técnica de alargamento do âmbito de aplicação subjectivo do Direito dos Contratos Públicos,

23 Cfr. CLÁUDIA VIANA, *Os Princípios Comunitários de Contratação Pública*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 25 e segs.; RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Os Princípios Gerais da Contratação Pública”, in PEDRO GONÇALVES (org.), *Estudos de Contratação Pública*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 66-67.

24 Cfr. RUI MEDEIROS, “Âmbito do Novo Regime de Contratação Pública à Luz do Princípio da Concorrência”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 69 (2008), p. 6.

25 Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A Formação dos Contratos Públicos – Uma Concorrência Ajustada ao Interesse Público*, AAFDL, Lisboa, 2013, pp. 528 e segs..

deixando de recortá-lo através de um conceito formal – personalidade jurídico-pública das entidades administrativas que celebram os contratos – e passando a recorrer a um *conceito de natureza funcional* com vocação expansiva, a saber, o conceito de *organismo de direito público*. Ignorando a *natureza da personalidade formal* da entidade que celebra o contrato e, igualmente, o *ramo de direito* a que tal entidade eventualmente obedeça, este critério alarga a sua aplicação à generalidade das entidades instrumentalmente utilizadas pela Administração Pública para a prossecução das actividades materialmente administrativas²⁶.

Nesta vertente específica, mostra-se mesmo totalmente ignorada a clássica dualidade estabelecida entre os contratos administrativos e os contratos de direito privado: sem prejuízo da contestação que essa dualidade já vinha sofrendo noutros âmbitos²⁷, o certo é que, na sequência desta evolução, qualquer pessoa colectiva, independentemente da natureza pública ou privada da sua personalidade, vê a globalidade dos seus contratos submetida a um regime pré-contratual de direito público, desde que cumpra os requisitos fixados pelo ordenamento europeu para esse efeito, os quais resultam de uma caracterização material e não formal²⁸.

Em concreto, basta, para tanto, que a pessoa colectiva que celebra o contrato tenha sido criada especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, que essas necessidades de interesse geral não tenham carácter industrial ou comercial, por estarem subtraídas à lógica concorrencial de mercado, e que aquela pessoa colectiva esteja sujeita ao controlo de pessoas colectivas públicas ou organismos de direito pú-

26 Para desenvolvimento, cfr. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “Organismos de Direito Público”, in CARLA A. GOMES / ANA NEVES / TIAGO SERRÃO (org.), *Organização Administrativa: Novos Actores, Novos Modelos*, Lisboa, AAFDL, 2018, pp. 571 e segs..

27 Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem, passim*.

28 Cfr. FREITAS DO AMARAL, *Curso*, II, p. 473.



blico, em virtude de receber deles o seu financiamento maioritário, de estar sujeita ao seu controlo de gestão ou de estar sujeita ao seu direito de designar a maioria dos titulares dos seus órgãos de administração, direcção ou fiscalização²⁹.

É por esta via que, no plano pré-contratual, o âmbito subjectivo do regime de direito público se mostra delimitado em razão de um novo critério qualificativo, que substitui o anterior critério orgânico, abstraindo do conceito de contrato administrativo em benefício do conceito de *contrato público* – o contrato formado por uma *Administração Pública delimitada em sentido material e lato*.

5. Não é possível deixar de reconhecer que este alargamento é realizado à custa de uma certa perda de segurança jurídica e de uma precarização das formas de organização administrativa. Com efeito, as próprias pessoas colectivas responsáveis pela gestão de tarefas públicas ficam sujeitas a uma considerável instabilidade resultante da fluidez dos critérios – materiais e funcionais, em vez de formais e mais facilmente delimitáveis – de qualificação de um contrato como público.

Em especial, na medida em que o Tribunal de Justiça da União Europeia reaprecia a posição de cada pessoa colectiva com base numa multiplicidade de indícios de natureza quantitativa e qualitativa, que podem até variar em cada exercício económico, nenhuma conclusão quanto à qualificação ou não qualificação de um ente como organismo de direito público se pode considerar como segura por muito tempo. A título de

²⁹ Cfr., actualmente, a alínea a) do n.º 2 do artigo 2.º do Código dos Contratos Públicos; para densificação destes três pressupostos, cfr. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “Organismos de Direito Público”, pp. 571 e segs..

exemplo, no caso de elementos como os respeitantes ao financiamento público de pessoas colectivas sob forma privada – em que o Tribunal de Justiça exige que sejam avaliadas anualmente as receitas previstas para o exercício orçamental em curso, obrigando o intérprete a se apoiar em meras estimativas³⁰ –, a simples variação de indicadores económico-financeiros pode ser tudo quanto basta para modificar o inteiro regime de contratação de cada entidade.

Isso permite que sucessivos contratos formados pela mesma pessoa colectiva estejam sujeitos a procedimentos de direito público e a procedimentos de direito privado, ainda que tenham sido celebrados num curto intervalo temporal, logo que seja modificada a base indiciária que é relevada pelo Tribunal de Justiça.

Porém, estes obstáculos colocados aos decisores públicos na preparação da sua actividade contratual correspondem ao *preço* que as instituições supranacionais que vinculam a nossa legislação impuseram de modo a evitar a anterior fuga para o Direito Privado.

2.2 Âmbito objectivo

6. Por sua vez, no *plano objectivo*, o legislador precisou de responder ao fenómeno de utilização de instrumentos contratuais alternativos para evitar a aplicação das regras de direito público tradicionalmente pensadas em função de um universo limitado de tipos contratuais. Novamente com especial ênfase no plano pré-contratual, a supramencionada divisão dos contratos da Administração Pública entre contratos administrativos e contratos de gestão privada podia permitir submeter a um regime pro-

30 Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 3 de Outubro de 2000 (Processo C-380/98 – *University of Cambridge*).



cedimental de direito público apenas a formação dos contratos que devessem ser qualificados como “administrativos”, excluindo do mercado concorrencial quaisquer outros contratos, mesmo quando celebrados por entidades da Administração Pública, que fossem formalmente qualificados como “contratos de direito privado”.

Daí que a lei precisasse de proceder a uma técnica de aproximação entre os âmbitos objectivo e subjectivo do regime de contratação pública: em Portugal, o n.º 2 do artigo 1.º do Código dos Contratos Públicos passou a submeter a esse regime a generalidade dos contratos celebrados por entidades adjudicantes, independentemente da sua designação ou natureza.

Com esta definição, o ordenamento passou a ser alheio – nessa fase pré-contratual – ao tipo de necessidades que o contrato da Administração Pública visa satisfazer e, por maioria de razão, à qualificação que as partes atribuem a esse contrato. Antes, importa apenas averiguar, do ponto de vista *subjectivo*, se a *entidade* que celebra esse contrato é formal ou materialmente integrada na Administração Pública ou se, por força do seu financiamento, da sua dependência e do tipo de necessidades que prossegue, a sua actividade se não se submete a uma lógica concorrencial. Se este for o caso e o contraente for por isso qualificado como entidade adjudicante, o legislador determina então que os contratos por si celebrados devem submeter-se à qualificação como “contratos públicos” e à adopção de um procedimento concorrencial³¹.

7. Nesse quadro, a amplitude do conceito de “contrato público” consumiu também contratos que não podem sequer ser qualificados como

31 Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito*, pp. 320 e segs.; MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A Formação dos Contratos Públicos*, pp. 91-95.

contratos da Administração Pública em sentido formal ou orgânico, e cuja conexão com a Administração Pública pode até ser remota: recorde-se os casos de associações de direito civil sem fins lucrativos e sem associados públicos, mas beneficiárias de financiamentos majoritariamente públicos num dado ano económico. Essa ampliação é que leva boa parte da doutrina a distinguir os conceitos de “contrato público” e “contrato da Administração Pública”³².

Todavia, essa distinção fará ou não sentido consoante o conceito de “Administração Pública” que o intérprete utilize num dado momento, não podendo ser convocada para o contexto que agora aqui se aborda. É que, no que concerne à fase da formação do contrato, o legislador manifestamente prefere socorrer-se de um conceito funcional-material amplíssimo de “Administração Pública” que abrange quaisquer entidades formalmente públicas, mas também quaisquer entidades formalmente privadas dotadas de uma conexão relevante com a Administração Pública. Sob essa perspectiva, o “contrato público” é ainda um “contrato (desta) Administração Pública” assim entendida.

Esclareça-se, aliás, que essa conceptualização não assume um relevo meramente teórico ou académico, estando longe de assentar num mero jogo de palavras. Pelo contrário, o recurso a esse conceito amplo de contrato público é justificado, num plano substantivo, pela circunstância de ser reflectido num regime jurídico específico de Direito Administrativo, o qual abrange os contratos de um universo de entidades que o legislador impôs, no quadro das suas opções imperativas para o intérprete, devem ser consideradas, para este efeito, como verdadeira “Administração

32 Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, pp. 21 e 23.



Pública”³³. Também aqui, as opções conceptuais produzem relevantíssimos efeitos jurídicos materiais³⁴.

8. Particularmente esclarecedora neste contexto é a irrelevância da averiguação de quais podem ser as necessidades satisfeitas por um dado contrato ou da sua maior ou menor integração na função administrativa. Abstraindo desse critério, para o legislador, apenas importa averiguar se, *do ponto de vista subjectivo, o contraente, em alguma parcela da sua actividade, prossegue (pelo menos) uma necessidade de interesse geral* que não reveste um carácter comercial ou industrial (cfr. alínea a) do n.º 2 do artigo 2.º do Código dos Contratos Públicos). Se tal suceder, pouco importa então se, *do ponto de vista objectivo, um específico contrato* que essa entidade celebra se circunscreve dentro da satisfação imediata e di-

33 Bastará recordar que – como seguidamente se verá (v., *infra*, 3.2) – esta expansão do regime de direito público na fase pré-contratual produz um drástico impacto no plano processual e no alargamento da jurisdição administrativa, afectando também, precisamente, as entidades que não são formal ou organicamente integradas na Administração Pública e que, à partida, poderiam motivar a distinção entre os conceitos de “contrato público” e de “contrato da Administração Pública”. Ora, é também na fase da execução do contrato – desde logo criando uma obrigação de escolha de meios processuais próprios do Direito Administrativo – que o conceito de “contrato público” opera os seus efeitos, o que confirma que o legislador *também* já tem em mente um conceito de “Administração Pública” – e não apenas um conceito de “contrato público” – que se não coaduna com a distinção acima referida. E, aliás, se dúvidas se mantivessem, a reformulação do âmbito de aplicação da Parte III do CCP, com a confusa concepção plasmada no artigo 280.º, dissipa essas hesitações, como se notar á adiante (v., *infra*, 3.4), até mesmo em boa parte dos aspectos substantivos da execução de um contrato celebrado por uma entidade formalmente privada qualificada como entidade adjudicante.

34 No mesmo sentido, sobre estas consequências materiais que estão longe de se resumir a “um mero exercício académico”, embora já a propósito do regime de execução do contrato, cfr. MÁRIO AROS DE ALMEIDA, *O Problema*, p. 45; antes, MARK KIRKBY, “Conceito e Critérios de Qualificação do Contrato Administrativo: um Debate Académico com e em Homenagem ao Senhor Professor Sérvulo Correia”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, II, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 760-761.

recta de uma necessidade pública ou se insere em necessidades pessoais do ente público adjudicante – ou, recorrendo à terminologia tradicional, se tal contrato se circunscreve ao exercício da função administrativa ou pode ser qualificado como “contrato de direito privado”. Para a aplicação do regime de contratação pública basta a confirmação de que o contrato é celebrado por uma entidade adjudicante.

Mais: na jurisprudência europeia, o Tribunal de Justiça tem mesmo esclarecido que é indiferente que uma pessoa colectiva satisfaça em simultâneo necessidades públicas e privadas – ou, até, que o peso relativo dos contratos que celebra para prosseguir uma função administrativa seja insignificante quando comparado com o peso dos contratos celebrados no contexto da satisfação de necessidades privadas³⁵. A presença de uma actividade de prossecução de uma função administrativa é suficiente para contaminar toda a actividade da pessoa colectiva.

Compreende-se esta solução: neste ponto, o legislador revela considerar injustificável que um ente público possa ser autorizado a dispensar a sujeição a um regime garantístico de escolha do co-contratante só pelo facto de um dado contrato não ser directamente destinado à satisfação de necessidade de interesse geral³⁶: não é a tentativa de entrada de um organismo de direito público numa actividade que não pode ser identificada com uma “dimensão colectiva” ou pública que pode autorizar uma escolha desparametrizada do seu co-contratante³⁷.

35 Cfr. Acórdãos do Tribunal de Justiça de 10 de Novembro de 1998 (Processo C-360/96 – *ARA vs. BFI*), n.º 56; e de 15 de Janeiro de 1998 (Processo C-44/96 – *Mannesmann*), n.ºs 25-26.

36 Cfr. já MASSIMO S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, II, 3.ª ed., Milano, Giuffrè, 1993, p. 349; PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “Organismo de Direito Público”, p. 592.

37 Cfr. Acórdãos de 12 de Dezembro de 2002 (Processo C-470/99 – *Universale-Bau*), n.º 63; e de 10 de Abril de 2008 (Processo C-393/06 – *Ing. Aigner*), n.º 50.



Assim, trata-se aqui, insista-se, de uma aproximação dos âmbitos objetivo e subjectivo do regime de direito público, tornando irrelevante averiguar qual a “designação” ou “natureza” (objectivamente) atribuída ao contrato que foi (subjectivamente) celebrado por uma entidade adjudicante.

9. Com isso, o legislador torna também inútil o expediente fraudulento pelo qual um decisor público pudesse atribuir uma designação criativa aos seus contratos, qualificando-os como “protocolos”, “acordos” ou “memorandos”, para, desse modo, alegar que o regime procedimental aplicável a “contratos” não seria afinal aplicável a estas figuras atípicas.

Pelo contrário, independentemente da designação ou da qualificação que seja atribuída a um *contrato*, basta que se identifique um acordo de vontades pelo qual uma entidade adjudicante e um outro sujeito de direito ordenam consensualmente os seus interesses jurídicos para daí se concluir, em regra, estar verificado o critério previsto no n.º 2 do artigo 1.º do Código dos Contratos Públicos e para ser aplicável o regime de contratação pública, sempre que se não verifique uma das excepções previstas nos artigos 4.º a 6.º desse Código.

3. Efeitos colaterais para o regime de execução dos contratos da Administração

3.1 Colocação do problema

9. As considerações anteriores podem, porém, criar um equívoco quanto ao verdadeiro alcance desta expansão do regime aplicável aos contratos da Administração Pública. Os exemplos antecedentes dizem

respeito à *fase da formação do contrato*, destinada ao alargamento da obrigação de escolha do contraente privado através de um procedimento competitivo. Essa circunstância poderia inculcar a ideia de que a anunciada expansão do regime dos contratos da Administração Pública se resume afinal ao momento pré-contratual, não sendo rigoroso sustentar-se um alargamento que, possivelmente, não abrangeria a própria execução contratual e, desse modo, deixaria excluída a parte material da actuação administrativa contratual.

Mas essa ideia é equivocada: aquela expansão do regime de direito público mostra-se hoje *transversal*, abrangendo tanto a formação quanto a execução dos contratos da Administração Pública em sentido amplo ou funcional³⁸.

Na verdade, não é acidental que, nas páginas anteriores, se tenha preferido começar por seleccionar exemplos dessa expansão na fase pré-contratual: é que, de facto, foi nesse plano que tal expansão principiou, uma vez que foi essencialmente para promoção da concorrência nos mercados públicos (com os consequentes benefícios obtidos também para o próprio interesse público, e não apenas para os mercados³⁹) que os legisladores europeu e nacional primeiramente intervieram no terreno contratual para travar a fuga para o Direito Privado. Nesse estágio, teve-se em mente, simultaneamente, a protecção da igualdade dos prestadores no mercado e a protecção de um interesse público que seria po-

38 Sobre esta inevitabilidade de expansão do regime de direito público pré-contratual para a fase da execução do contrato, cfr. REBELO DE SOUSA / SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral*, III, Lisboa, Dom Quixote, 2008, pp. 41-42.

39 Cfr. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “CCP e Constituição: Problemas na Aplicabilidade de Procedimentos de Contratação Pública à luz da Constituição Portuguesa”, in PEDRO SÁNCHEZ / LUÍS ALVES (coord.), *A Constituição e a Administração Pública*, Lisboa, AAFDL, 2018, pp. 36-37.



tencialmente mais favorecido através de um procedimento concorrencial que maximizasse as possibilidades de encontrar as condições contratuais adequadas no mercado⁴⁰.

Porém, esse alargamento das vinculações de direito público na fase pré-contratual dificilmente deixaria de produzir um fenómeno de arrasamento do regime também aplicável à execução do contrato: seria pouco provável que o legislador continuasse a aceitar que um contrato cuja fase prévia de formação esteve submetida a um procedimento burocrático de direito público pudesse ver a sua execução totalmente alheada de obrigações jurídico-públicas⁴¹.

Neste quadro, a expansão do regime dos contratos da Administração Pública, que se iniciou na sua fase pré-contratual, acabou obtendo um perfil transversal que viria a abranger toda a vida contratual.

3.2 Passo intermédio da administrativização: a vertente processual

10. Esse fenómeno ocorreu, desde logo, no *plano processual*, tendo em vista a sujeição dos litígios emergentes dos contratos da Administração Pública à *jurisdição administrativa*, independentemente da natureza substantiva do contrato em apreço.

Como é sabido, essa opção podia já ser renunciada pela determinação constituinte de sujeição dos litígios emergentes das relações jurídi-

⁴⁰ Cfr. MARGARIDA CABRAL, *O Concurso Público nos Contratos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 1997, pp. 111 e segs.; MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A Formação dos Contratos Públicos*, pp. 551-553; PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, p. 37.

⁴¹ Com um excelente desenvolvimento, cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A Formação dos Contratos Públicos*, pp. 124 e segs..

cas administrativas e fiscais aos tribunais administrativos (n.º 3 do artigo 212.º da Constituição). Porém, a sua integração na jurisdição administrativa não representava então uma inevitabilidade: reconhece-se que a Constituição não erigiu uma barreira absoluta que impedisse uma liberdade de conformação do legislador, o qual manteve a autonomia para atribuir ou retirar aos tribunais administrativos competências que são excluídas ou que são incluídas, respetivamente, no conceito de “relações jurídicas administrativas”⁴². Mas a verdade é que o legislador ordinário estendeu essa sugestão constitucional até ao seu âmbito mais ambicioso: depois do passo prévio adoptado em 1984⁴³, o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais de 2002 (ETAF) atribuiu aos Tribunais Administrativos a competência para dirimir os litígios referentes – na redacção actual – à “*validade de atos pré-contratuais e interpretação, validade e execução de contratos administrativos ou de quaisquer outros contratos celebrados nos termos da legislação sobre contratação pública, por pessoas colectivas de direito público ou outras entidades adjudicantes*” (cfr. alínea e) do n.º 1 do artigo 4.º do ETAF)⁴⁴.

Abstraindo agora da fase pré-contratual, tal opção legislativa determinou que a jurisdição administrativa deixou de estar limitada a se pronunciar sobre contratos cuja execução esteja submetida a um regime substancial de direito público, antes abrangendo questões de validade, interpretação e execução de – na prática – *qualquer contrato qualifica-*

42 Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Artigo 212.º”, in JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS (org.), *Constituição Portuguesa Anotada*, III, 1.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 147; GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, II, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 567.

43 Para desenvolvimentos que aqui não poderiam caber, cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito*, pp. 35-39; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 163-164.

44 Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual*, pp. 163-164; VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, 16.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 109; FREITAS DO AMARAL, *Curso*, II, pp. 439-440; REBELO DE SOUSA / SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos*, pp. 44-45.



do como público, isto é, tanto dos contratos administrativos quanto dos demais contratos que tenham sido celebrados ao abrigo da legislação da contratação pública.

Observa-se aqui, pois, uma aproximação entre o regime de formação de contratos públicos e o âmbito do contencioso administrativo dos contratos, mesmo no tocante à fase da sua execução: um contrato cuja execução se encontra sujeita a um regime de direito privado vê os litígios emergentes dessa execução submetidos ao contencioso administrativo desde que a sua formação tenha estado ou pudesse estar sujeita a um regime de direito público. A circunstância de a lei aplicável à resolução do litígio ter natureza jusprivatista não impede a intervenção dos Tribunais Administrativos⁴⁵.

Daqui emerge uma confirmação adicional acerca do conceito amplíssimo (funcional-material) de Administração Pública com que o legislador labora: ignorando o quão remota possa ser a conexão de uma pessoa colectiva (formalmente) privada com o universo público, a simples circunstância de essa conexão ter imposto a sua qualificação como entidade adjudicante⁴⁶ é suficiente para que qualquer litígio nascido durante a futura execução desse contrato venha a ser julgado por Tribunais especializados em julgar a Administração Pública, no âmbito de meios processuais que estão – mesmo após a mais recente aproximação ao processo civil – especificamente desenhados para resolver os litígios que envolvem a Administração Pública.

⁴⁵ Elevando o horizonte de análise aos últimos 100 anos, trata-se, pois, da solução radicalmente oposta à que era formulada pelos sectores que observavam em toda a actividade contratual da Administração uma natureza justificativa da submissão aos Tribunais judiciais – cfr. JOÃO MAGALHÃES COLAÇO, *Concessões de Serviços Públicos – sua Natureza Jurídica*, Coimbra, 1914, p. 21.

⁴⁶ Ou, no limite, a simples circunstância de um contrato celebrado por uma entidade *não* adjudicante também ter sido pontualmente sujeito ao regime da contratação pública – cfr. artigos 275.º e 276.º (e, com maiores dúvidas em razão do regime híbrido aí previsto, artigo 277.º) do CCP.

Recorrendo a um exemplo acima indicado⁴⁷, se uma associação de direito privado, composta por associados exclusivamente privados, é beneficiária de um financiamento maioritariamente público num dado exercício económico e, por via disso, vê um certo conjunto de contratos formados nesse ano sujeitos ao regime pré-contratual de direito público, daí implica, só por isso, a sujeição de todos os litígios nascidos na execução contratual à jurisdição dos Tribunais Administrativos e aos meios processuais próprios do contencioso administrativo.

3.3 A vertente substantiva

11. Na sequência desta expansão, faltaria apenas mais um passo para que, também no *plano substantivo*, a inteira execução do contrato público (contrato cuja fase de formação esteve sujeita ao direito público, mesmo que não qualificado como contrato administrativo) acabasse igualmente submetida a um regime de direito público ou, pelo menos, a um *regime híbrido* crescentemente *publicizado*.

Esse passo final começou a ser concretizado na versão inicial do Código dos Contratos Públicos de 2008, que incluiu entre os critérios de administratividade de um contrato a *natureza pública do seu objecto* (“contratos com objecto passível de acto administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos”, bem como “contratos que confirmam ao co-contratante direitos especiais sobre coisas públicas ou o exercício de funções dos órgãos do contraente público – cfr. alíneas b) e c) do n.º 6 do artigo 1.º do CCP, na versão de 2008, actual artigo 280.º, após 2017), mas *também* os critérios da *qualificação legal* e da *vontade*

47 Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, p. 21.



das partes (quaisquer contratos que, por força “da lei ou da vontade das partes, sejam qualificados como contratos administrativos ou submetidos a um regime substantivo de direito público” (alínea a)).

12. Ora, abstraindo do caso de contratos cuja natureza pública dispensa qualquer esforço adicional do legislador para a sua qualificação legal (alíneas b) e c))⁴⁸, o intérprete não poderia ignorar, para a delimitação do alcance do critério da *qualificação legal*, o facto de o legislador já ter optado – no Título II da Parte III do CCP – por qualificar como “contratos administrativos em especial” e por subordinar a um “regime substantivo de direito público” a generalidade dos tipos contratuais usados pela Administração contemporânea, incluindo a empreitada de obras públicas, a locação de bens móveis, a aquisição de bens móveis, a aquisição de serviços, a concessão de obras públicas e a concessão de serviços públicos – além de quaisquer contratos que sejam submetidos a um regime de direito público em legislação avulsa.

Ao fazê-lo, o legislador não deixou sequer espaço para a sugestão de que esse regime substantivo só seria aplicável aos casos em que um contrato integrado num desses tipos fosse previamente qualificado como administrativo – só então se lhe aplicando o regime previsto no Título II da Parte III do CCP –, sem se prejudicar a hipótese de alguns dos contratos referentes (pelo menos) a bens ou serviços poderem ainda estar submetidos a um regime de direito privado. Pelo contrário, a estrutura adoptada para cada Capítulo daquele Título II começou por proceder a uma definição do tipo contratual em causa, prosseguindo para a fixação do regime substantivo aplicável à sua execução⁴⁹.

48 Sobre estes contratos, que não podem ser aqui abordados com maior detalhe, cfr. MARK KIRKBY, “Conceito e Critérios”, pp. 796-798; bem como, no caso da alínea b), idem, *Contratos*, pp. 248-250, 297 e segs.; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Problema*, p. 70.

49 No mesmo sentido, cfr. FREITAS DO AMARAL, *Curso*, II, pp. 452 e 461; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Problema*, pp. 69 e 74.

O legislador escolheu, pois, proceder a uma qualificação automática e unilateral de todos os tipos contratuais em apreço como administrativos, expandindo até aos seus limites máximos o critério de administratividade previsto na alínea a) do n.º 6 do (agora) artigo 280.º) do CCP⁵⁰.

Por esta via, um vasto universo de contratos que se não inseriam especificamente na prossecução de necessidades da colectividade e que correspondiam a instrumentos auxiliares de obtenção de prestações úteis para a gestão particular das entidades públicas foram massivamente arrasados para o universo público e submetidos a um regime típico de Direito Administrativo, incluindo o reconhecimento de prerrogativas exorbitantes que afastam a igualdade entre os contraentes⁵¹.

50 Um importante sector da doutrina apreciou criticamente esta opção legislativa, tendo em conta que a expansão do universo de contratos administrativos foi concretizada, no essencial, na aplicação transversal do regime de prerrogativas de autoridade que favorecem o contraente público, pensado à imagem dos contratos de subordinação, sem que o legislador se desse conta de que esse “Direito exorbitante” não tinha (nem devia) servir de denominador comum para um vasto leque de contratos da Administração Pública em que esta não pode nem deve surgir numa posição desigual de autoridade. Numa palavra, trata-se de uma concepção contaminada por um ideal autoritário da Administração. Em todo o caso, independentemente da justeza desta crítica ou da discordância que se lhe possa dirigir, deve notar-se que ela é dirigida, não tanto à *expansão do âmbito* do conceito de contrato administrativo, mas sim à circunstância de esse âmbito assim ampliado ser caracterizado por um regime *transversal unitário* que não diferencia as especificidades de cada conjunto de contratos da Administração. Para esta doutrina, a solução preferencial consiste, não em eliminar este conceito amplo de contrato administrativo, mas em diversificar os traços do regime aplicável aos diversos contratos que nele se podem subsumir. Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 425 e segs.; idem, “Sobre o Conceito de *Contrato Público* no Ordenamento Jurídico Português”, in *Liber Amicorum Fausto de Quadros*, II, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 393 e segs.; idem, “Apreciação Geral”, p. 24; idem, *O Problema*, pp. 33 e segs.. Nessa medida, tal crítica não afecta o ponto que se aborda neste estudo, o qual consiste, unicamente, na amplitude do universo de contratos que vem sendo submetido a um regime – seja ele unitário ou diferenciado – de direito público.

51 Muito criticamente, cfr. MARK KIRKBY, “Conceito e Critérios”, pp. 796-798; idem, *Contratos*, pp. 246-248.



13. A isso acresce que o efeito útil deste critério de administratividade de um contrato é exponenciado pela parte final da mesma alínea a), no mencionado ponto em que se permitiu que “a vontade das partes” também imponha a qualificação de um contrato como administrativo. Promovendo uma aproximação adicional entre os regimes de formação e de execução de contratos públicos, o legislador confirma o sentido lato de Administração Pública que preside a todo o Direito Administrativo Contratual contemporâneo.

De facto, sempre partindo da repetida premissa de que o âmbito subjectivo de aplicação do regime de contratação pública é modelado em termos funcionais-materiais, incluindo entidades formalmente privadas que apresentam uma conexão mais ou menos remota com o universo público (cfr. artigos 2.º e 7.º do CCP), os artigos 3.º e 8.º extraem corolários dessa premissa para o terreno da execução do contrato, ao permitirem que estes últimos entes, já forçados a sujeitarem a sua actividade contratual a uma difícil burocratização para escolha dos seus co-contratantes, sejam então, em contrapartida, *premiados* com a faculdade de imporem a tais co-contratantes a sujeição da execução contratual a um regime caracterizado por prerrogativas de autoridade que desequilibram a relação contratual.

Por esta via da vontade das partes – em rigor, vontade unilateral da entidade adjudicante que impõe essa escolha num caderno de encargos que se aplica imperativamente aos concorrentes (cfr. alínea b) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP) –, o regime substantivo de Direito Administrativo invade o universo de contratos que não são celebrados por entes públicos nem têm por objecto a execução de prestações úteis para o interesse público, encontrando como única conexão justificativa dessa administrativização a circunstância de uma das partes contratantes ter sido, pelo

menos durante algum tempo, qualificada como entidade adjudicante para efeitos pré-contratuais.

É que, sublinhe-se, o n.º 2 do artigo 3.º do CCP já determina – aqui de modo imperativo – que será sempre considerado “contraente público” o ente que “celebre contratos no exercício de funções materialmente administrativas”, “independentemente da sua natureza pública e privada”. Por isso, a vontade das partes só pode assumir utilidade e acrescentar algo de novo quando o contrato *não seja* celebrado no exercício de uma função administrativa e – além disso, reitere-se – a própria lei não o tenha já qualificado como administrativo nem o seu objecto tenha uma natureza administrativa – caso em que a sua qualificação já estaria assegurada pelas alíneas a), b) ou c) do anterior n.º 6 do artigo 1.º do CCP.

Isto equivale a dizer que a lei entrega a qualquer pessoa colectiva que, para efeitos pré-contratuais, tenha sido qualificada como entidade adjudicante a faculdade de escolher impor ao seu co-contratante a natureza administrativa do contrato e a previsão de poderes exorbitantes, ainda quando se não observe qualquer outra conexão entre o objecto do contrato e o exercício da função administrativa⁵².

14. É inevitável reconhecer que, à vista desta expansão do regime jurídico-público do Direito dos Contratos, parece ser de reduzida⁵³ (embora

52 Porém, procurando restringir esta faculdade no caso de pessoas colectivas privadas – embora sem se apoiar numa base normativa vigente para o efeito –, cfr. REBELO DE SOUSA / SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos*, pp. 38-39; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Contratos Administrativos e Regime da sua Modificação no novo Código dos Contratos Públicos”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, II, pp. 821-823. Num plano paralelo, procurando apegar-se também à personalidade jurídico-formal pública como instrumento limitativo da faculdade de administrativização de um contrato, cfr. LAURENT RICHER / FRANÇOIS LICHÈRE, *Droit des Contrats Administratifs*, 10.ª ed., LGDJ, Paris, 2016, pp. 118-119.

53 No mesmo sentido, cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, “A Relação Jurídica Fundada em Contrato Administrativo”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 64, 2007, p. 39; FREITAS DO AMARAL, *Curso*, II, p. 453; REBELO DE SOUSA / SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos*, pp. 38-39; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Problema*, pp. 73-74.



não nula) utilidade a formulação, pela alínea d) do mesmo n.º 6 do anterior artigo 1.º (actual n.º 1 do artigo 280.º) do CCP, de um novo critério de administratividade, aplicando-o aos contratos da Administração Pública submetidos pela lei – ou meramente autorizados a poderem ser submetidos (“*contratos que a lei submeta ou que admita que sejam submetidos*”) – a “procedimentos de formação regulados por normas de direito público”, desde que “a prestação do co-contratante possa condicionar ou substituir, de forma relevante, a realização das atribuições do contraente público” (cfr. alínea d) do n.º 6 do artigo 1.º do CCP, na versão de 2008).

Em todo o caso, ainda que este último critério seja sujeito a uma interpretação restritiva, abrangendo meramente os casos em que o co-contratante é realmente associado à prossecução das atribuições públicas ou condicione materialmente a sua execução – e não os casos em que apenas assegura utilidades económicas para auxiliar instrumentalmente o contraente público nas suas funções⁵⁴ –, não é possível deixar de reconhecer o contributo adicional aqui presente para a expansão do regime de direito público. Com efeito, por esta via, o legislador admite que um contrato *i)* que ainda não é legalmente qualificado como administrativo, *ii)* que as partes não quiseram qualificar como administrativo e *iii)* cujo objecto não é necessariamente administrativo, pode, ainda assim, ser, também ele, submetido a um regime contratual jurídico-público⁵⁵.

54 Assim, cfr. MARK KIRKBY, *Contratos*, p. 251; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Problema*, pp. 72-73.

55 Para justificação da opção legislativa que presidiu a essa alínea d), não obstante as críticas a que foi sujeita, cfr. MARK KIRKBY, “Conceito e Critérios”, pp. 784-791; idem, *Contratos*, pp. 251-257.

3.4 *Idem*: o regime substantivo português após a Revisão do Código dos Contratos Públicos de 2017

15. É indisputável que esta delimitação do universo de contratos submetidos ao Direito Administrativo se revelou muitíssimo ampla na versão inicial do Código dos Contratos Públicos de 2008, convencendo parte dos comentadores a remeter o conceito de contrato de direito privado da Administração para um plano residual ou virtualmente inexistente⁵⁶.

Porém, a revisão operada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de Agosto, veio *amplificar*, se ainda era possível – e não fazer recuar, como se poderia supor –, o alcance dessa regulação jurídico-pública.

16. É certo que, ao transferir a anterior enumeração de critérios de administratividade do n.º 6 do artigo 1.º para o n.º 1 do artigo 280.º do CCP, o legislador recorreu a uma confusa redacção que, no limite, poderia inculcar a ideia de que se promoveu agora um recuo na expansão do regime dos contratos públicos da Administração Pública, ressuscitando o espaço para a celebração de contratos de direito privado que se subtraem a uma regulação de Direito Administrativo.

56 Na síntese de REBELO DE SOUSA / SALGADO DE MATOS – e embora os Autores, curiosamente, advertam que “esta conclusão nada tem de revolucionária” –, “impõe-se concluir que, na sua generalidade, os contratos da administração tradicionalmente entendidos como de direito privado devem hoje ser considerados como contratos administrativos” – cfr. *Contratos Públicos*, pp. 48-49. Ou, como comentava AROSO DE ALMEIDA no contexto da aprovação do Código de 2008, “afigura-se hoje pertinente perguntar, à face do CCP, que contratos da Administração Pública ainda são, afinal, contratos de direito privado” – cfr. “Contratos Administrativos”, pp. 818-819. Em sentidos próximos, sugerindo a administrativização de qualquer contrato celebrado pela Administração Pública, cfr. ALEXANDRA LEITÃO, *Lições de Direito dos Contratos Públicos*, 2.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2015, p. 19; JOÃO CAUPERS / VERA EIRÓ, *Introdução ao Direito Administrativo*, 12.ª ed., Âncora, 2016, p. 296. Remetendo também o regime de direito privado para um plano meramente residual, cfr. FREITAS DO AMARAL, *Curso*, II, pp. 440-441.



De facto, na sequência da aprovação do novo Código do Procedimento Administrativo de 2015, cujo artigo 200.º distingue entre “contratos administrativos, sujeitos a um regime de direito administrativo”, e “contratos submetidos a um regime de direito privado” – todos susceptíveis de poderem ser celebrados por “órgãos da Administração Pública” –, o artigo 280.º do CCP, na versão de 2017, veio distinguir *três categorias de contratos* celebrados por contraentes públicos:

- i) Os contratos sujeitos à Parte II do CCP (regime pré-contratual de direito público) que, além disso, tenham natureza administrativa (n.º 1 do artigo 280.º);
- ii) Os contratos não sujeitos à Parte II do CCP que, apesar disso, tenham natureza administrativa (n.º 2 do artigo 280.º);
- iii) Os contratos sujeitos à Parte II do CCP que, apesar disso, não tenham natureza administrativa (n.º 3 do artigo 280.º).

17. Ora, não obstante o labirinto formado por esta enumeração tripartida, a verdade é que o regime agora actualizado acaba por ir mais longe do que se pensaria na administrativização dos contratos da Administração Pública (Administração, ela própria, já entendida em sentido lato ou funcional-material). O recuo na tendência expansiva da administrativização dos contratos da Administração Pública mostra-se, pois, meramente cosmético e ilusório.

Por um lado, observa-se que as *duas primeiras categorias* enunciadas ficam inequivocamente sujeitas a um regime de direito público, sendo os respectivos contratos expressamente qualificados como contratos admi-

nistrativos (ou, na infeliz formulação agora adoptada, “contratos [...] que configurem relações jurídicas contratuais administrativas” [?!]).

Na verdade, aquilo que as distingue não é a sua falta de administratividade, mas apenas a circunstância de a sua formação *pré-contratual* ter ou não sido sujeita ao regime da Parte II do CCP. E isto porque o n.º 1 do artigo 280.º já se encarrega de definir a “relação jurídica contratual administrativa” como aquela que se integra numa das suas quatro alíneas (isto é, nos critérios de administratividade acima enunciados), vindo, só depois, o n.º 2 referir-se às “demais relações jurídicas contratuais administrativas” – o mesmo é dizer, relações que se enquadram em uma ou mais alíneas do n.º 1, sob pena de não poderem obter essa qualificação como “administrativas”. Todavia, decisivo é notar que o n.º 2 do artigo 280.º, longe de afastar a sujeição desta segunda categoria de contratos a um regime de direito público, apenas determina que o intérprete procure se existe uma legislação avulsa especialmente aplicável a cada contrato, sob pena de recorrer à aplicação subsidiária da (mesma) Parte III do CCP.

Numa palavra, a segunda categoria de contratos a que se refere o artigo 280.º é igualmente sujeita a uma administrativização e igualmente submetida a vinculações jurídico-públicas, apenas se distinguindo pela possibilidade de obter uma regulação de direito público especial não totalmente coincidente com o regime geral previsto na Parte III do CCP. De resto, admitindo que essa regulação especial dificilmente será encontrada⁵⁷, a Parte III continuará a manter a sua aplicabilidade, desta vez a título subsidiário.

18. Assim sendo, somente a *terceira categoria* de contratos referida no artigo 280.º do CCP – contratos ainda sujeitos à Parte II, embora

57 Sobre este problema, cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Problema*, pp. 112-115.



não qualificados como contratos administrativos – é que parece evitar a sua sujeição a uma total administrativização: no dizer do n.º 3 do artigo 280.º, trata-se de contratos ainda “sujeitos à parte II”, mas que “não configuram relações jurídicas contratuais administrativas”.

Sucedo, todavia, que o legislador nacional não poderia ignorar a circunstância de o ordenamento europeu ter crescentemente valorizado o impacto que as regras respeitantes à protecção da concorrência na fase pré-contratual podem produzir em sede de execução dos contratos. O sistema jurídico não pode ignorar que boa parte do efeito útil da competição aberta para escolha do co-contratante seria diluída se a lei não balizasse o comportamento da entidade adjudicante nos momentos posteriores à celebração do contrato⁵⁸. Por isso, tal como a revisão legislativa de 2017 veio expressamente confirmar, mesmo que a prestação do contraente privado não condicione ou substitua o exercício das atribuições do contraente público (pois, em caso contrário, o contrato já seria qualificado como “administrativo” pela alínea d) do n.º 1 do artigo 280.º), o regime de direito público continuará a ser aplicável aos principais aspectos da execução contratual, incluindo a sua “invalidade”, “modificação”, “cessão da posição contratual” ou “subcontratação” (cfr. n.º 3 do artigo 280.º).

Aqui se encontra o derradeiro episódio de alargamento da força expansiva do regime dos contratos da Administração Pública. Sublinhe-se: este universo meramente *residual* de contratos, que a lei ainda admite qualificar como *contratos de direito privado* – isto é, contratos *i)* que a lei

58 Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito*, p. 319; MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A Formação dos Contratos Públicos*, pp. 117 e segs.; MÁRIO AROS DE ALMEIDA, *Teoria Geral*, pp. 430-431.

não qualificou directamente como administrativos, *ii*) que as partes tão-pouco quiseram qualificar como administrativos, *iii*) que não dizem respeito a um objecto de direito público e *iv*) em que o contraente privado não pode condicionar o modo de exercício das atribuições do contraente público, sob pena de já redundar na qualificação do contrato como administrativo –, mostra-se afinal, também ele, sujeito, em algumas das suas mais importantes manifestações, ao regime de direito público.

4. Conclusão

19. Como é visível, no final deste processo de expansão do regime de direito público, que permitiu ao Direito Administrativo *conquistar* novos terrenos de disciplina da actividade contratual de entidades dotadas de personalidade formal pública ou privada, admite-se já uma aplicação transversal e praticamente uniforme das vinculações públicas à *generalidade das etapas (formação e execução)* da *generalidade dos contratos* celebrados por entidades materialmente integradas na Administração Pública.

Principiando pelo alargamento do âmbito de aplicação do regime de contratação aplicável à fase de formação do contrato, que extravasou a Administração Pública em sentido orgânico e veio a aplicar-se à generalidade dos contratos celebrados por qualquer entidade (mesmo formalmente privada) dotada de uma conexão com a Administração Pública (dando origem ao conceito de “contrato público”), este fenómeno culminou na sujeição transversal da formação e da execução dos contratos públicos a um regime de Direito Administrativo, abrangendo, com pouquíssimas e residuais excepções, tanto a sua vertente substantiva quanto a sua vertente processual.



Sem prejuízo da histórica instabilidade dos critérios de delimitação da aplicabilidade do regime de direito público à actividade contratual da Administração Pública em sentido material, esta constitui uma escolha inequívoca – e possivelmente irreversível – do ordenamento jurídico na redefinição das fronteiras do Direito Administrativo.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, João Amaral e. “Os «Organismos de Direito Público» e o Respective Regime de Contratação: Um Caso de Levantamento de Véu”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

ALMEIDA, Mário Aroso de. “Apreciação Geral da Revisão do Código dos Contratos Públicos: em Particular, os Novos Regimes dos Artigos 280.º e 313.º do CCP”, in CARLA A. GOMES *et al.* (coord.), *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, Lisboa, AAFDL, 2017.

- “Artigo 212.º”, in JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS (org.), *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. III, 1.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

- “Contratos Administrativos e Regime da sua Modificação no novo Código dos Contratos Públicos”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

- *Manual de Processo Administrativo*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017.

- *O Problema do Contrato Administrativo – No Quadro Normativo do Código dos Contratos Públicos Revisto*, Coimbra, Almedina, 2018.

- “Sobre o Conceito de *Contrato Público* no Ordenamento Jurídico Português”, in *Liber Amicorum Fausto de Quadros*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2016.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2013.

ANDRADE, J. C. Vieira de. *A Justiça Administrativa*, 16.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017.

ATHAYDE, Augusto de. “Para a Teoria do Contrato Administrativo: Limites e Efeitos do Exercício do Poder de modificação Unilateral da Administração”, in *Estudos de Direito Público em Honra do Professor Marcello Caetano*, Lisboa, Ática, 1973.

AUBY, Jean-Bernard. “Comparative Approaches to the Rise of Contract in the Public Sphere”, *Public Law*, 2007, n.º 1.

CABRAL, Margarida. *O Concurso Público nos Contratos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 1997.

CAETANO, MARCELLO. *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, 10.ª ed., 9.ª reimp., Coimbra, Almedina, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

CASSESE, Sabino. “La Costruzione del Diritto Amministrativo”, in SABINO CASSESE (org.), *Tratatto di Diritto Amministrativo – Diritto Amministrativo Generale*, Vol. I, Milano, Giuffrè, 2000.

CAUPERS, João / EIRÓ, Vera. *Introdução ao Direito Administrativo*, 12.ª ed., Âncora, 2016.

COLAÇO, João Magalhães. *Concessões de Serviços Públicos – sua Natureza Jurídica*, Coimbra, 1914.



CORREIA, Jorge Alves. *Contrato e Poder Administrativo – O Problema do Contrato sobre o Exercício de Poderes Públicos*, Coimbra, Gestlegal, 2017.

CORREIA, J. M. Sérvulo. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 1987.

ESTORNINHO, Maria João. *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra, Almedina, 2012

- *A Fuga para o Direito Privado*, Coimbra, Almedina, 1999.

- *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Coimbra, Almedina, 1990.

- “Uma Oportunidade Perdida... Breve Apreciação Crítica do Anteprojecto de Agosto de 2016 de Revisão do Código dos Contratos Públicos”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 118, 2016.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pedro. “CCP e Constituição: Problemas na Aplicabilidade de Procedimentos de Contratação Pública à luz da Constituição Portuguesa”, in PEDRO SÁNCHEZ / LUÍS ALVES (coord.), *A Constituição e a Administração Pública*, Lisboa, AAFDL, 2018.

- *Lei e Sentença – Separação dos Poderes Legislativo e Judicial na Constituição Portuguesa*, Vol. I, Lisboa, AAFDL, 2017.

- “Organismos de Direito Público”, in CARLA A. GOMES / ANA NEVES / TIAGO SERRÃO (org.), *Organização Administrativa: Novos Actores, Novos Modelos*, Lisboa, AAFDL, 2018.

- *Os Parâmetros de Controlo da Privatização Administrativa*, Coimbra, Almedina, 2009.

FREEMAN, Jody / MINOW, MARTHA (org.). *Government by Contract (Outsourcing and American Democracy)*, Cambridge, Harvard University Press, 2009.

GIANNINI, Massimo. *Diritto Amministrativo*, Vol. II, 3.ª ed., Milano, Giuffrè, 1993.

GONÇALVES, Pedro Costa. *A Concessão de Serviços Públicos*, Coimbra, Almedina, 1999.

- *O Contrato Administrativo – Uma Instituição do Direito Administrativo do nosso Tempo*, Coimbra, Almedina, 2003.

- *Direito dos Contratos Públicos*, 2.ª ed., Vol. I, Coimbra, Almedina, 2018.

- “A Relação Jurídica Fundada em Contrato Administrativo”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 64, 2007

KIRKBY, Mark. “Conceito e Critérios de Qualificação do Contrato Administrativo: um Debate Académico com e em Homenagem ao Senhor Professor Sérvulo Correia”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

- *Contratos sobre o Exercício de Poderes Públicos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

LAUBADÈRE, André de / VENEZIA, J. / GAUDEMET, Y. *Traité de Droit Administratif*, I, 14.ª ed., Paris, LGDJ, 1996.

LEITÃO, Alexandra. *Lições de Direito dos Contratos Públicos*, 2.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2016.

MACHADO, J. Melo. *Teoria Jurídica do Contrato Administrativo*, Coimbra, 1937.



MANNORI, Luca / SORDI, Bernardo. *Storia del Diritto Amministrativo*, Bari, Laterza, 2001.

MEDEIROS, Rui. “Âmbito do Novo Regime de Contratação Pública à Luz do Princípio da Concorrência”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 69, 2008.

MEILÁN GIL, José Luis. *La Estructura de los Contratos Públicos*, Madrid, Lustel, 2008.

OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. “Os Princípios Gerais da Contratação Pública”, in PEDRO GONÇALVES (org.), *Estudos de Contratação Pública*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

OTERO, Paulo. *Direito do Procedimento Administrativo*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2016.

- “Estabilidade Contratual, Modificação Unilateral e Equilíbrio Financeiro em Contrato de Empreitada de Obras Públicas”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 56, n.º 3, 1996.

- *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I. Coimbra, Almedina, 2013.

RAIMUNDO, Miguel Assis. *A Formação dos Contratos Públicos – Uma Concorrência Ajustada ao Interesse Público*, AAFDL, Lisboa, 2013.

RICHER, Laurent / LICHÈRE, François. *Droit des Contrats Administratifs*, 10.ª ed., LGDJ, Paris, 2016.

SCHMIDT-PREUSS, Mathias. “Gegenwart und Zukunft des Verfahrensrechts”, *NVwZ*, 2005.

SILVA, Vasco Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Coimbra, Almedina, 2003.

- *Para um Contencioso Administrativo dos Particulares*, Coimbra, Almedina, 1997.

Sousa, Marcelo Rebelo de / Matos, André Salgado de. *Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral*, III, Lisboa, Dom Quixote, 2008.

Viana, Cláudia. *Os Princípios Comunitários de Contratação Pública*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

Weil, Prosper. *O Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 1977.



Novos desafios da legalidade administrativa

FABRÍCIO MOTTA ¹

Resumo

O texto tem como objeto central as transformações sofridas pelo princípio da legalidade administrativa, com especial atenção à possibilidade direta de execução da Constituição, sem intermediação da lei. Após as premissas iniciais, o Conselho Nacional do Ministério Público, instituição presente na Constituição Brasileira, é utilizado como exemplo do exercício de competência normativa diretamente constitucional.

Palavras-chave: Legalidade; poder normativo; Administração Pública

Abstract

The main object of the text is the changes undergone by the principle of administrative legality, with special attention to the direct possibility

¹ Professor permanente do Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas (UFG). Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA). Procurador do Ministério Público de Contas (MPC TCM/GO).

of implementing the Constitution, without intermediation of the law. After the initial premises, the CNMP, an institution present in the Brazilian Constitution, is used as an example of the exercise of normative competence directly constitutional.

Keywords: *Legality; regulation; Public Administration*

Sumário:

Introdução. 1 Princípio da legalidade: visão clássica e transformações. 2 Aplicabilidade direta da Constituição, sem intermediação necessária da lei. 3 Função normativa da Administração e a compreensão hipertrofiada do regulamento. 4 Conselho Nacional do Ministério Público: atuação normativa fundada na Constituição e o zelo pela autonomia do Ministério Público. 4.1 Extrapolando o campo normativo-regulamentar: o exemplo da Resolução CNMP nº 179/2017. Conclusão.

Introdução

Este artigo foi utilizado como base da intervenção apresentada no Colóquio “O Direito Administrativo nos 30 Anos da Constituição Brasileira de 1988: um Diálogo Jurídico-Brasileiro”, promovido pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. O evento consolida a aproximação colaborativa e investigativa entre aquela conceituada instituição e o Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.



1 Princípio da legalidade: visão clássica e transformações

Em artigo publicado no ano de 2012², investiguei o que chamei de *paradigma da legalidade* vigente no Direito Administrativo. Na ocasião, invoquei a conhecida lição de Thomas Kuhn para considerar como paradigma “aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que compartilham um paradigma”³. O paradigma da legalidade foi identificado investigando o contexto de nascimento⁴ do Direito Administrativo.

No contexto do Estado Liberal, enxerguei no princípio da legalidade um paradigma (conjunto de ideias partilhadas pela comunidade científica) do Direito Administrativo, com distintos significados:

- “a) do ponto de vista *filosófico e político*, o paradigma simboliza a mudança com referência às práticas anteriores do Estado Absoluto rumo ao que se chamaria de Estado de Direito: a submissão do Estado às leis tira de cena o livre arbítrio da vontade pessoal do soberano;
- b) como princípio que considera a lei a principal fonte de normatividade, atribuindo-lhe um *valor em si mesma em razão de manifestar a vontade geral e de provir do poder*

2 MOTTA, Fabricio; O paradigma da legalidade e o direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia; RIBEIRO, Carlos vinicius Alves. (Org.). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo. 1ed.São Paulo: Atlas, 2010, v. , p. 197-229.

3 KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2009, p.221.

4 Não parece haver necessidade ou utilidade em se eleger uma data ou marco específico para este nascimento, bastando que se situe historicamente o período e as circunstâncias em que ocorreu.

legislativo. Pouca importância possui a elaboração um juízo a respeito do conteúdo da lei ou de sua compatibilidade hierárquica com norma superior, até mesmo em razão da compreensão deficiente da normatividade das Constituições. Entende-se que a lei “igualada” os homens por meio de prescrições gerais e abstratas;

- c) como princípio que materializa a *superioridade* ou o *império da lei*, concretização racional da vontade popular. Trata-se da antiga doutrina da prevalência do governo das leis sobre o governo dos homens (*rule of law*), aspecto principal das relações entre indivíduo e Estado no Estado de Direito. Essa aceção está associada, primeiramente, à ideologia *democrática*: a lei tem vinculação necessária com a participação do povo na sua elaboração, por meio de seus representantes alojados no poder legislativo⁵. O Estado fica condicionado a atuar de acordo com as leis; a lei é um anteparo que protege os indivíduos da indevida intromissão estatal. A superioridade da lei associa-se também aos anseios por *segurança jurídica*: a disposição impessoal e abstrata da lei substitui a livre vontade do soberano; e

5 “A lei é o ponto de encontro que sintetiza os objetivos subjacentes à garantia que representam tanto a cláusula do Estado de Direito como o princípio democrático: a lei é, ao mesmo tempo, garantia de uma conformação social presidida pelos princípios próprios de um Estado de Direito e, por outro lado, meio ou instrumento de legitimação democrática. A lei estrutura os processos de decisão e delimita os âmbitos funcionais dos poderes. Ela é, simultaneamente, limite e mandado para a Administração. A lei estabelece suas potestades e mandados de atuação, prescreve os objetivos a serem seguidos pelo planejamento administrativo e define as linhas mestras de organização das Administrações Públicas”. (SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. La teoría general del Derecho Administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática. Madrid: Marcial Pons, 2003, p.194, tradução nossa).



- d) como princípio que habilita e possibilita as atuações do Estado (vinculação positiva à lei formal), tornando objetivo o exercício do poder. O Estado, nesse sentido, só pode atuar mediante habilitação legal prévia”.

Identificado o que se chamou de paradigma original, o percurso levou à análise das influências sofridas com a evolução do Estado Constitucional. Neste particular, a centralidade da Constituição, o fortalecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e o reconhecimento da dimensão normativa dos princípios foram as transformações que mais afetaram o sentido original do princípio da legalidade. Após a análise de tais elementos, concluí:

- “a) do ponto de vista *filosófico e político*, permanece o princípio da legalidade como marco de extinção do livre arbítrio da vontade pessoal do administrador público;
- b) como princípio que considera a lei a principal fonte de normatividade, atribuindo-lhe um *valor em si mesma*, a legalidade também sofre alterações em razão do disposto no item anterior. Exige-se que toda atuação administrativa seja consentânea com todos os princípios componentes do ordenamento, não sendo suficiente a existência de uma regra de atribuição de competência;
- c) como princípio que materializa a *superioridade* ou o *império da lei*, o princípio permanece associado à ideologia democrática, continuando o Estado condicionado a atuar *de acordo* com o ordenamento e, inclusive, com as leis. Ainda que se possa questionar se a lei realmente é expressão da von-

tade geral, no sentido clássico, ela continua a submeter o poder às diretrizes emanadas dos representantes do povo;

- d) Decorrido algum tempo desde o referido estudo, pretendo agora retomar o último ponto identificado como transformação do princípio da legalidade, qual seja, a atuação administrativa normativa fundada diretamente na Constituição, sem a intermediação legislativa. Para tanto, será utilizado como objeto central de reflexão a atuação do Conselho Nacional do Ministério Público-CNMP, previsto na Constituição Brasileira. Em razão da imensa similitude de regime jurídico organizacional existente para com o Conselho Nacional de Justiça-CNJ, as considerações feitas a propósito do CNMP serão aplicáveis, como regra, ao CNJ.

2 Aplicabilidade direta da Constituição, sem intermediação necessária da lei

O reconhecimento da força normativa da Constituição talvez possa ser considerado a mais importante transformação do constitucionalismo advinda após o chamado Estado Social. Com efeito, o debate sobre a eficácia das disposições meramente programáticas, chamou a atenção para a carga normativa que deve ser reconhecida na Constituição para que esta não se resuma somente a legitimar o exercício do poder. Konrad Hesse mereceu realce nesse cenário ao publicar, em 1959, estudo onde chamou a atenção para a “Constituição jurídica”, identificando o significado *próprio e forte* de Constituição:



A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).⁶

Para efeito específico do exercício das funções de Administração Pública, em cotejo com a concepção tradicional do *princípio da legalidade*, a força normativa da Constituição inverte o pressuposto da *necessidade lei por necessidade de norma*, em harmonia com o sistema constitucional. Em outras palavras, a necessidade de lei enquanto instrumento de habilitação do agir administrativo não é presumida, mas interpretada de acordo com a sistemática constitucional de distribuição de competências. A clássica imagem da pirâmide normativa continua a ter na Constituição a sua base de apoio, enquanto instrumento fundante e fundamental do ordenamento, mas apenas para efeito de demonstrar a hierarquia normativa. Determinadas normas constitucionais podem conter todos os elementos necessários para sua plena aplicabilidade, sem necessidade da intermediação legislativa.

6 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

O reconhecimento da diferença entre *legalidade* e *reserva legal*, de forma harmônica com cada sistema constitucional, é essencial para o reconhecimento da possibilidade de aplicação direta da Constituição.

A regra da *reserva legal* exige o tratamento de determinadas matérias somente por *lei em sentido formal*. Reserva legal não se presume; a observação do conjunto constitucional é imperiosa para que se identifique quais campos exigem, para sua disciplina, intervenção do Poder Legislativo. Na ausência de reserva legal, a consulta ao sistema de distribuição de competências é necessária para se concluir a respeito da necessidade ou desnecessidade da edição de qualquer norma para o exercício de função administrativa. Nesse viés, a máxima mais conhecida e repetida nas explicações da doutrina brasileira a respeito do princípio da legalidade – “enquanto o cidadão pode fazer tudo aquilo que não lhe seja vedado pela lei, a Administração Pública só pode fazer o que a lei antecipadamente lhe autorize” – se identifica mais propriamente com a regra da *reserva legal* do que com o princípio da *legalidade*. Perceba-se que, utilizando a concepção estruturalista para a distinção entre princípios de regras, *reserva legal é regra* porque não admite ponderação, devendo eventual conflito com outra regra ser resolvido pelos instrumentos tradicionais (hierarquia, cronologia, especialidade). Na mesma esteira, *legalidade é princípio* por ser considerada razão *prima facie*, apta à ponderação diante de conflito com princípio do mesmo calibre normativo.

Desta maneira, a compreensão contemporânea do princípio da legalidade deve necessariamente considerar a normatividade constitucional, mesmo dos demais princípios constitucionais, em prol da harmonia do sistema. Ainda que se reconheça a existência de vinculação ao direito mais estrita do que a imposta aos particulares, é necessário conhecer o



sistema de repartição de competências para extrair-lhe a máxima eficácia possível, em razão da força normativa da Constituição.

3 Função normativa da Administração e a compreensão hipertrofiada do regulamento

O enfoque nas características isoladas das normas não descaracteriza o fato de que *“as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si”*⁷. Nesse sentido, na esteira da lição de Norberto Bobbio, podemos considerar como normas aquelas que façam parte de um ordenamento jurídico⁸. A integração, nesta interpretação, não é feita com amparo em nenhuma característica intrínseca das normas – ao contrário, o ordenamento acolhe como válidas as normas produzidas de acordo com uma norma hierárquica superior e anterior, indiretamente ligada à norma fundamental do sistema⁹. A investigação a respeito da integração deve recair, em suma, sobre a fonte que produziu o ato normativo e a existência de autorização ou reconhecimento para tanto.

Em cada sistema jurídico deve ser verificado como a norma fundamental disciplina a produção de outras normas que, além de não se enquadrarem no conceito de lei, são produzidas por outros poderes – ou órgãos – distintos do Legislativo. Algumas destas normas retirarão seu

7 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10.ed. Brasília: Editora UnB, 1999, p.19.

8 Idem, p.29.

9 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3. ed. rev. da tradução. São Paulo: RT, 2003.

fundamento de validade diretamente da Constituição e tão somente a ela deverão respeito hierárquico- em outras palavras, serão colocadas no mesmo patamar das leis, sendo consideradas *atos normativos originários*. Por outro lado, existirão normas que encontrarão seu fundamento de validade em norma inferior à Constituição – estarão, por isso, posicionadas em patamar hierarquicamente inferior às normas originárias.

No direito brasileiro, o regulamento executivo é o exemplo clássico de norma derivada, que retira seu fundamento de validade da lei, sendo a ela subordinado. Nem todo ato imediatamente infralegal pode ser considerado como regulamento. Em um conceito restrito, regulamento executivo é *o ato administrativo normativo, editado privativamente pelo Chefe do Poder Executivo, segundo uma relação de compatibilidade e hierarquia com a lei, a fim de assegurar seu fiel cumprimento e execução*. A utilização de um *conceito hipertrofiado de regulamento possui* o inconveniente de unificar, sob um mesmo nome, manifestações editadas no exercício de diferentes funções, que devem possuir distintos fundamentos e regime jurídico. Desta forma, para manter a coerência e unidade do sistema constitucional é necessário interpretar sistematicamente as diferentes funções normativas atribuídas aos diversos poderes e órgãos, em cada ordenamento.

4 Conselho Nacional do Ministério Público: atuação normativa fundada na Constituição e o zelo pela autonomia do Ministério Público

A análise da origem da palavra autonomia (derivada dos radicais gregos *auto* e *nomos*) permite interpretá-la como a possibilidade de editar regras próprias; de dirigir-se de acordo com as próprias regras. Guido Zanobini, em lição muito acolhida no direito brasileiro, coloca sob relevo o aspecto funcional da autonomia ao entendê-la como o direito de algu-



mas instituições legalmente constituídas para criar um direito próprio, reconhecido como tal pelo Estado e incorporado ao seu próprio ordenamento¹⁰. Trata-se de uma limitação que o ordenamento se impõe com o intuito de proteger interesses determinados. Ainda de acordo com essa clássica lição, a *autonomia é eminentemente instrumental*, tendo como objetivo proteger e satisfazer da melhor forma os interesses em razão dos quais foi concedida pelo ordenamento. No ordenamento brasileiro, não somente os poderes do Estado gozam de autonomia como também outras instituições como o Ministério Público e as universidades.

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, trouxe como grande novidade a criação do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público-CNMP. Os novos órgãos, siameses, foram criados para controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do Ministério Público, respectivamente.

Cingindo a análise ao CNMP, pode-se verificar que ao Conselho não foi concedida *autonomia administrativa*. Essa constatação é interessante porque compete ao CNMP o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público (art. 130-A, §2º, I da Constituição Brasileira). Não há dúvidas de que o Ministério Público, função essencial à justiça, possui autonomia funcional e administrativa. Na organização do *Parquet*, a autonomia – enquanto campo próprio para o exercício normativo – se manifesta de forma horizontal, com competências diversas, sem grau de subordinação. Há previsão da existência de *leis orgânicas – várias*, como

10 MOTTA, FABRÍCIO; CARDUCCI, M. . L'influenza del diritto amministrativo italiano sulla costruzione delle basi dogmatiche del diritto amministrativo brasiliano. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 114, p. 129-160, 2017.

o plural indica – para o Ministério Público da União e para cada Ministério Público Estadual. Da mesma forma, cada unidade do Ministério Público possui poder de iniciativa para propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares. É forçoso perceber que a *unidade* do Ministério Público – princípio institucional – convive com a *diversidade normativa* estruturada pela Constituição.

Voltando ao CNMP, o fato de se tratar de *órgão despido de autonomia* concebido para controlar a atuação de *órgãos autônomos* não é irrelevante. Esta análise é relevante para a interpretação, sobretudo, da regra inscrita no artigo 130-A, §2º, inciso I, que atribui ao Conselho competência expedir *atos regulamentares*, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências.

A expressão “atos regulamentares” foi utilizada em sentido impróprio, não dizendo respeito somente aos atos complementares necessários à execução das leis. Tratam de atos diretamente subordinados à Constituição, expedidos pelo Conselho somente para permitir o adequado manejo de suas competências. Entretanto, o limite material de tais atos deve ser interpretado de forma sistematicamente adequada, sobretudo porque compete ao Conselho *zelar pela autonomia de órgãos autônomos*, com o perdão da tautologia. Os atos regulamentares que podem ser expedidos são instrumentais, vocacionados justamente ao objetivo central do dispositivo- *zelar pela autonomia funcional e administrativa* – e só neste espaço encontrarão legitimidade e juridicidade. Em outras palavras, tais atos regulamentares devem respeitar o espaço normativo reservado pela mesma Constituição para as leis, de qualquer espécie e hierarquia.

Em síntese, a competência do Conselho para “zelar pela autonomia” do Ministério Público reforça a necessidade de respeito ao âmbito normativo próprio das instituições, devendo ser preservado seu espaço de



atuação conferido pela própria Constituição. As matérias que devem ser tratadas nas leis de organização de cada ramo do Ministério Público, como consectário lógico e necessário da autonomia de cada ente, não devem ser objeto de normatização por parte dos Conselhos. A constatação, por singela que pareça, encontra seu fundamento maior na unidade constitucional, cânone interpretativo voltado a preservar a força normativa da norma fundamental. A competência para edição de atos normativos prescinde de lei, possuindo fundamento direto na Constituição, e à mesma Constituição deve obediência no tocante aos espaços normativos reservados para tratamento legal.

4.1 Extrapolando o campo normativo-regulamentar: o exemplo da Resolução CNMP nº 179/2017

Os atos regulamentares do Conselho Nacional do Ministério Público são editados sob a forma de Resolução. A Resolução nº 179, de 26 de julho de 2017, traz diferentes exemplos de respeito e desrespeito ao campo normativo material reservado pela Constituição ao CNMP. Na motivação da edição do ato, destacam-se os seguintes *consideranda*:

“[...] Considerando a acentuada utilidade do compromisso de ajustamento de conduta como instrumento de redução da litigiosidade, visto que evita a judicialização por meio da autocomposição dos conflitos e controvérsias envolvendo os direitos de cuja defesa é incumbido o Ministério Público e, por consequência, contribui decisivamente para o acesso à justiça em sua visão contemporânea;

Considerando a conveniência institucional de estimular a atuação resolutiva e proativa dos membros do Ministério Público para promoção da justiça e redução da litigiosidade;

Considerando a necessidade de uniformizar a atuação do Ministério Público em relação ao compromisso de ajustamento de conduta como garantia da sociedade, sem prejuízo da preservação da independência funcional assegurada constitucionalmente a seus membros; [...]”

Com esses relevantes objetivos, o CNMP pode regulamentar legitimamente o compromisso de ajustamento de conduta, nos limites de sua atribuição normativa, com o intuito de uniformizar a atuação dos membros do Ministério Público na aplicação de instituto criado pela Lei nº 7.347/85. Nesse particular, a clássica justificativa da função regulamentar – criar dispositivos para orientar a aplicação uniforme da lei – irrompe com respeito à matéria disciplinada por lei, sem criar obrigações, restrições ou atribuir direitos.

A Resolução permitiu ainda a celebração de compromisso de ajustamento de conduta no curso da ação judicial (art. 3º). Entretanto, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), em seu artigo 17, §3º, prescreve: “É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*”.

Por mais relevantes que sejam os propósitos almejados com a edição do ato normativo, não há amparo constitucional para dispor em sentido contrário à lei. Não há qualquer ligação com a função de zelar pela autonomia do Ministério Público, mas sim inversão de hierarquia normativa. Neste caso, o fato de se tratar de exercício de competência normativa fundada diretamente na Constituição, sem necessidade de lei, é relevante para estabelecer os meios de impugnação judicial do ato que atenta contra o sistema jurídico, mas definitivamente não lhe coloca no mesmo patamar das leis em sentido formal.



De acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal¹¹, o Conselho edita *atos de caráter normativo primário*, os quais retiram seu fundamento de validade e seu limite diretamente do § 4º do art. 103-B da Constituição, tendo como finalidade desenvolver os próprios conteúdos lógicos ligados às suas competências. Interpreto o posicionamento do Supremo Tribunal Federal importante para efeito da impugnação dos atos regulamentares, sem lhes atribuir preferência às leis, sob pena de desarmonia no sistema jurídico-constitucional¹².

Conclusão

O sentido original do princípio da legalidade, erigido no contexto do Estado Liberal como forma de proteção das liberdades individuais, habilitação do exercício do poder e sujeição à vontade popular tem sofrido modificações contínuas. A força normativa da Constituição e a necessidade de dar-lhe concreção admitem a possibilidade de execução direta de competências normativas administrativas, sem a necessária intermediação da lei formal. Entretanto, esta possibilidade há de ser interpretada em consonância com as características e diretrizes de cada sistema, sob pena de desarmonia e ilegitimidade.

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 12 MC-DF. Relator: Min. Carlos Britto. Julgamento: 16/02/2006. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 01-09-2006, p.15. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 12 de novembro de 2006. O caso apreciado pelo STF cuidava da verificação de constitucionalidade da Resolução nº 07/05, expedida pelo Conselho com a intenção de coibir o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário.

12 Nesse particular, deixo mais clara a opinião feita inicialmente em 2007, em obra dedicada ao estudo da função normativa. (MOTTA, Fabricio. Função normativa da Administração Pública. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. v. 1. 274p)

Novos desafios da legalidade administrativa: o caso da eficiência como princípio jurídico¹

MIGUEL ASSIS RAIMUNDO²

Resumo:

O presente texto aborda o desafio colocado ao controlo jurisdicional da legalidade administrativa pela aplicação de princípios jurídicos. Entende-se que certos princípios, como o da *boa administração como eficiência*, representam um alargamento do campo tradicional da legalidade administrativa, devendo ser aplicados pelos tribunais. Não obstante, isso deve ocorrer num quadro de respeito pelo princípio da separação de poderes. Aborda-se ainda o que deve ser uma adequada concretização e aplicação do princípio da eficiência, que exige o desenvolvimento de uma “apare-

1 O presente texto corresponde à intervenção do autor no Encontro “O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição Brasileira de 1988: um diálogo luso-brasileiro”, que teve lugar na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa no dia 16 de Outubro de 2018, e mantém, por isso, o seu tom coloquial original. Aproveitamos esta ocasião para agradecer aos organizadores do Encontro, Prof.ª Doutora Carla Amado Gomes, Prof.ª Doutora Ana Neves, Prof. Fabrício Motta e Prof. Doutor Eurico Bitencourt Neto, o amável convite para participar nesse frutuoso debate.

2 Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (miguelraimundo@fd.ulisboa.pt). Investigador Principal do CIDP-ICJP. Advogado.



lhagem teórica” agregada aos princípios, equivalente à que apresentam outros princípios como a igualdade e a proporcionalidade. Este desenvolvimento, porém, só pode surgir pela experiência de aplicação.

Palavras chave: boa administração, eficiência, legalidade administrativa, separação de poderes, margem de livre decisão

Abstract:

The paper approaches the way in which the enforcement of legal principles challenges judicial review of administrative action. It is understood that certain principles, such as good administration as efficiency, enlarge the traditional space of administrative legality, and must be enforced by courts as actual legal principles. However, this must occur in respect for the separation of powers. The paper explores the path towards an adequate application of the principle of efficiency, which demands the development of a “theoretical apparatus” similar to that of such as equality and proportionality; this, however, can only occur through a significant experience in the application of the principle.

Key words: good administration, efficiency, administrative legality, separation of powers, margin of administrative decision-making

Sumário:

I. Introdução II. Alguns desafios III. Caminhos possíveis para a aplicação do princípio da boa administração como eficiência IV. Conclusão

Summary:

I. Introduction II. Some challenges III. Possible ways for proper enforcement of the principle of good administration as efficiency IV. Conclusion

I. INTRODUÇÃO

1. Em texto já com alguns anos, JULI PONCE SOLÉ sintetizou de forma admirável aquele que consideramos o grande desafio actual da legalidade administrativa: no nosso mundo, que apresenta potencial crescente para o aumento da margem de livre decisão administrativa, “judicial control is going to be doomed to a possible dilemma: either tighten control over the outcome of the exercise of administrative powers by an escalation in the aggressive use of general principles or relinquish all control over the last nucleus of the decisions of Government and Administration”.³

No núcleo deste desafio está a tarefa de aplicação dos princípios jurídicos. É nela, essencialmente, que se joga a questão da intensidade do controlo jurisdicional, e conseqüentemente, do activismo judicial – ou da passividade judicial, sendo certo que ambos os extremos apresentam problemas. O activismo judicial coloca problemas à luz da separação de poderes, que não pode ser esquecida ou posta de lado, mesmo quando se aplicam princípios com elevada indeterminação, ou sobretudo quando isso acontece; mas a passividade judicial também coloca sérios problemas, podendo traduzir-se em inefectividade e conseqüente perda de força normativa do direito, com tudo o que isso pode acarretar.

3 JULI PONCE SOLÉ, “EU Law, Global Law and the Right to Good Administration”, in EDOARDO CHITI/BERNARDO GIORGIO MATTARELA (EDS.), *Global Administrative Law and EU Administrative Law*, Berlin: Springer, 2011, pp. 133 ss., p. 142.



Propomo-nos, assim, tratar do problema do controlo jurisdicional a partir da mobilização de princípios jurídicos; e fazê-lo a partir do princípio da boa administração, entendido no sentido de eficiência e economia, matéria à qual temos dedicado algum estudo em ocasiões anteriores,⁴ e que se apresenta como um campo polémico, dada a novidade deste princípio e o facto de, segundo alguns, nos encontrarmos, aqui, precisamente perante o caso de uma vinculação que se situaria já fora do direito, ou seja: fora do campo da legalidade.

II. ALGUNS DESAFIOS

2. Assumidos o propósito e objecto da nossa intervenção, surge-nos desde logo uma dúvida, e uma dificuldade: princípios que criam direitos, ou princípios que criam deveres? A boa administração é um direito dos particulares, ou um dever para as entidades públicas?

Na nossa perspectiva, a pergunta é relevante,⁵ mas não tanto como já foi no passado. Os sistemas de controlo da legalidade administrativa, desig.

4 Cf. os nossos *A formação dos contratos públicos. Uma concorrência ajustada ao interesse público*, Lisboa: AAFDL, 2013, sobretudo pp. 381 ss. e 557 ss.; e “Os princípios no novo CPA e em particular, o princípio da boa administração”, in CARLA AMADO GOMES/ANA FERNANDA NEVES/TIAGO SERRÃO (COORDS.), *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*, Vol. I, 3.ª ed., Lisboa: AAFDL, 2016, pp. 253 ss.; e o que escrevemos em JOÃO MIRANDA/MIGUEL ASSIS RAIMUNDO/ANA GOUVEIA MARTINS/MARCO CAPITÃO FERREIRA/FILIPE BRITO BASTOS/JORGE PAÇÃO/SARA AZEVEDO/DAVID PRATAS BRITO, *Comentário ao Regime Jurídico do Património Imobiliário Público. Domínio Público e Domínio Privado da Administração*, Coimbra: Almedina, 2017, em comentário ao artigo 3.º (que consagra o princípio da boa administração em sede de regime dos bens imóveis da administração), pp. 33 ss.

5 Cf., sobre o tema, além das referências citadas nos textos referidos na nota de rodapé anterior, EURICO BITENCOURT NETO, “Há um direito fundamental à boa administração pública”, in Helena Telinho Neves Godinho/Ricardo Arnaldo Malheiros Fiúza, *Direito Constitucional – Em Homenagem a Jorge Miranda*, Belo Horizonte: Del Rey, 2011, pp. 151-170, e FAUSTO DE QUADROS, “Os princípios gerais da atividade administrativa no Código do Procedimento Administrativo depois da sua revisão”, in Paulo Otero/Carla Amado Gomes/Tiago Serrão, *Estudos em Homenagem a Rui Machete*, Coimbra: Almedina, 2015, pp. 263-281.

nadamente o contencioso administrativo, não estão limitados à tutela de direitos subjectivos dos particulares. Além dessa função, o contencioso administrativo tem uma outra tarefa, ligada à chamada dimensão objectiva deste controlo judicial, que se traduz em diversos mecanismos que ajudam à legitimação e accountability da administração: o controlo por parte dos tribunais é uma tarefa que também legitima a actividade administrativa perante os cidadãos em geral⁶. Para esse efeito, instrumentos como a actuação do Ministério Público, ao abrigo da acção pública, ou mesmo dos próprios cidadãos e organizações da sociedade civil, enquanto defensores de valores colectivos – entre os quais deve contar-se, a nosso ver, a boa utilização dos recursos públicos – ao abrigo da acção popular, comprovam a possibilidade de demandas judiciais baseadas na violação de princípios jurídicos, mesmo independentemente de ter de se alegar e provar a ofensa a direitos subjectivos.

Os mecanismos de controlo da administração evoluíram no sentido de aquilo que outrora pertencia apenas à política (i.e., condutas que, mesmo censuráveis, apenas eram susceptíveis de uma censura política, por se entender que se situavam para lá da aplicação do direito) tem hoje dimensões com relevância jurídica. Consequentemente, o campo da legalidade alarga-se, e o campo do mérito retrai-se. O movimento não deve surpreender: toda a história do direito público é uma história de retracção das zonas de imunidade do poder ao controlo jurídico.

Isto não significa, porém, que não existam fronteiras para o controlo jurídico. A identificação e cuidadosa aplicação dessas fronteiras ganham, na verdade, redobrada importância.

6 Neste sentido, JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, “Contencioso administrativo e responsabilidade democrática da administração”, in PAULO OTERO/FERNANDO ARAÚJO/JOÃO TABORDA DA GAMA (ORGS.), *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora/Wolters Kluwer, 2011, pp. 595-611.



3. A discussão parece, assim, não ser já se estão consagrados estes mecanismos de controlo *forte* por via dos princípios jurídicos, mas *como* eles estão consagrados e são aplicados.

O problema essencial pode ser visto de duas perspectivas: coloca-se quer da perspectiva interna da administração pública, quer da perspectiva externa, de quem a controla. Do ponto de vista interno, há que reconhecer que certas afirmações sobre a eficiência enquanto princípio jurídico não podem deixar de assustar, legitimamente, quem tem a seu cargo competências decisórias na administração pública. Segundo certas análises, o princípio da eficiência exigiria “não somente uma atuação suficiente (razoável/racional), mas sim ótima (a melhor possível)”.⁷ Ora, se estamos convencidos acerca da necessidade de fazer um controlo efectivo de dimensões essenciais do interesse público como a correcta utilização dos recursos públicos, parece-nos que não é sustentável, como metodologia de controlo das decisões administrativas, afirmar que apenas é juridicamente correcta a “melhor decisão possível”.

Por outro lado, a teoria dos princípios colocou a administração sob uma pressão constante, de lhe dizerem que não pode esquecer os princípios, mesmo quando aplica regras: aqui a questão que se coloca é a de existirem regras que muitas vezes definem, de modo preciso, o campo da actuação administrativa, verificando-se, porém, que em alguns casos, as entidades de controlo (assumindo destaque os tribunais de contas, no Brasil como em Portugal) confrontam a administração com a necessidade de fazer prevalecer princípios, mesmo que isso leve à desaplicação de regras. Em outros casos, a administração é colocada explicitamente, pelo próprio

⁷ A citação é de EMERSON GABARDO, “Controle Judicial e o Princípio da Eficiência no Brasil”, in JORGE AGUDO GONZÁLEZ/THIAGO MARRARA, *Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas*, 2016, pp. 191-207, p. 203. Cf. igualmente referências no mesmo sentido a pp. 191, 206.

legislador, na contingência de ter de decidir casos concretos mediante uma ponderação de princípios, o que sucede em todos os casos em que o legislador define o campo de vinculação jurídica de certo tipo de actuação administrativa apenas com recurso à aplicação de princípios jurídicos.⁸

4. Estes desenvolvimentos levam alguns a temer que a administração pública seja colocada na posição de nunca saber que direito é aplicável sem realizar delicados raciocínios de ponderação entre princípios. De facto, é possível detectar um movimento por parte de um sector da doutrina, reagindo àquilo que são, porventura, os excessos de recurso a uma forma de “legalidade principialista”, que esse sector entende ser demasiado exigente para a administração e causadora de uma invasão indevida da margem de livre decisão administrativa por parte dos tribunais.

Ora, parece-nos que a crítica, e a reserva, da doutrina, e da própria administração, face à compreensão contemporânea da legalidade administrativa, são em parte justificadas (na parte em que criticam certos excessos dos tribunais); mas em outra parte, não o são.

De facto, em parte, aquelas resistências são apenas o resquício de uma certa tendência para ver o direito administrativo como algo que pede sempre uma plena concretização em lei escrita. Isto tem na sua raiz uma compreensão da legalidade enquanto *precedência de lei*, que exigiria uma concretização de todas as condutas legalmente habilitadas numa norma legal ou regulamentar prévia, detalhada, deixando pouco espaço à concretização. Recorde-se o que se disse acima: o direito

⁸ É o que sucede, no direito português, por exemplo, com o regime de formação dos contratos públicos aos quais não seja aplicável a parte II do Código dos Contratos Públicos (Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 33/2018, de 15 de Maio): cf. os artigos 5.º-B e 6.º-A do CCP.



administrativo nasceu para limitar o poder, e essa limitação, para ser efectiva, impôs, de certo modo, uma exigência de lei estrita, que foi apoiada pelos pressupostos metodológicos de base presentes no século XIX e início do século XX, quando o direito administrativo floresceu: os pressupostos do positivismo jurídico.

No entanto, a nosso ver, isto não chega. Os grandes desenvolvimentos da ciência jurídica nascem do trabalho que se faz a partir da lei; a lei, mesmo que possa ser o princípio, nunca é o fim. O facto de as entidades administrativas se aterem demasiado à lei (à letra da lei) é ainda uma expressão ou resquício daquela atitude original sobre a legalidade administrativa. Contudo, nos dias de hoje, não há espaço, a nosso ver, para uma compreensão da legalidade que não incorpore os princípios jurídicos em plenitude. Os princípios jurídicos são, de facto, um instrumento essencial para chegar a soluções adequadas, mesmo que isso signifique desaplicar, no caso concreto, regras mais precisas. A teoria do direito oferece os mecanismos para o fazer com segurança: identificar um conflito normativo, quando exista; e seleccionar a norma com melhor pretensão de aplicação à regulação do caso concreto, numa apreciação global do sistema jurídico.

III. CAMINHOS POSSÍVEIS PARA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA ADMINISTRAÇÃO COMO EFICIÊNCIA

5. Não se pretende, porém, deixar a nossa proposta num nível de abstracção demasiado elevado, o que poderia levar a duvidar da sua aplicabilidade prática. Do nosso ponto de vista, a aplicação de princípios jurídicos, incluindo de princípios jurídicos que ainda não fizeram um caminho longo na dogmática jurídica e na jurisprudência (como é o caso dos princípios da eficiência e da economia), pode realmente fazer-se com

segurança – sendo que a segurança nunca é total: segurança e previsibilidade totais são exigências sem sentido, quando se trata da aplicação do direito. Esta segurança possível nasce de um único processo: o labor doutrinário em torno da aplicação destas normas, acompanhado da sua aplicação em número e por tempo suficiente para permitir a construção de máximas decisórias que, com o passar do tempo, criem a segurança que inicialmente não existe.

De novo: não pretendemos que estas nossas considerações fiquem na abstracção, e por isso, podemos apresentar exemplos claros do que queremos dizer. Pense-se apenas em três princípios jurídicos: igualdade, proporcionalidade e imparcialidade. No dealbar do direito administrativo, os referidos princípios tinham, também, pouca concretização autónoma. A autonomia dos princípios é, aliás, uma autonomia sempre relativa, porque eles emergem do tronco comum que é a ideia de justiça; mas é uma autonomia relevante, porque significa a diferenciação de *tópicos* específicos, que até aí não eram tidos em consideração de modo autónomo.

Foi assim que lentamente, se autonomizou a ideia da igualdade (ou, na tradição brasileira, isonomia), e que se foram decantando e sedimentando os seus corolários, ou máximas decisórias: tratar de modo igual o que é igual, mas também de modo desigual o que é desigual; compreender que há diferenças entre realidades, mas o que se procura é saber qual ou quais as características a que se deve atender (igualdade ou desigualdade *no essencial*); mais tarde, por força da prática (de tratamento injustificadamente diferenciado) surgiram as chamadas “categorias suspeitas”, isto é, determinados indicadores que, quando utilizados para justificar uma diferença de tratamento (sexo, etnia, condição económica, etc.), criam uma espécie de “presunção ilidível” de violação da igualdade, que só poderá ser ultrapassada se forem apresentadas razões fortes para essa diferença (por exemplo, uma medida de “acção afirmativa”).



Tudo isto forma a “aparelhagem teórica” do princípio da igualdade, que é depois sintetizado e ensinado, de uma forma operacionalizável, nas faculdades de direito, de tal forma que qualquer aluno já não parte para os problemas com a insegurança de quem explora território desconhecido.

O mesmo que se disse sobre o princípio da igualdade, pode ser repetido para o princípio da proporcionalidade: não foi de um dia para o outro que se dilucidaram os três testes comumente atribuídos à ideia de proporcionalidade (necessidade ou proibição do excesso, adequação e proporcionalidade em sentido estrito ou equilíbrio custos-vantagens), cuja aplicação hoje os tribunais fazem com bastante segurança, e que a doutrina escrutina com bastante acuidade, precisamente porque a metodologia em questão está tão desenvolvida.

Assim como, a propósito do princípio da imparcialidade, não foi de imediato que se afirmou a autonomia entre a sua dimensão dita negativa (desconsideração de interesses irrelevantes para o interesse público a prosseguir, que na tradição brasileira surge como o princípio da *impessoalidade*) e a dimensão positiva (isto é, a consideração obrigatória de todos os interesses relevantes para o interesse público a prosseguir): a sua afirmação, como tal, na lei portuguesa, por exemplo, data apenas de 2015, com o artigo 9.º do Código do Procedimento Administrativo, já que o CPA de 1991, embora se referisse à obrigação de tratamento imparcial, não dizia uma única palavra sobre o que se deveria entender por um tratamento imparcial. Foi apenas pela discussão doutrinária e pela aplicação jurisprudencial que se atingiu essa diferenciação interna, que faz com que hoje em dia, a abordagem aos casos de aplicação deste princípio seja compatível com um módico de segurança jurídica.

Mas a construção deste conhecimento, deste tipo de “aparelhagem teórica”, que vem imediatamente ao espírito como um conjunto de afirmações pacíficas, por todos partilhadas, sobre *como se aplicam os prin-*

cípios (da igualdade, proporcionalidade, imparcialidade) só se alcança, como se disse, ao longo do tempo, com o trabalho da doutrina, que começa a sistematizar e arrumar grupos de casos, tópicos comuns, decisões certas e decisões erradas, e com o desenvolvimento jurisprudencial de tudo isto, numa metodologia que não é alheia ao método de tentativa e erro – e que revela, por isso mesmo, porque é que o direito também merece ser considerado como tendo uma componente científica.

6. Já se percebe do que dizemos que, a nosso ver, o único passo que é necessário aprimorar para que o princípio da boa administração – enquanto eficiência e economia – perca a sua “fama” de “porta de entrada” do activismo judicial ilegítimo, é que ele seja dotado de uma aparelhagem teórica com solidez e densidade idênticas àquelas de que já dispõem (hoje, ao fim de muito tempo) princípios como os da igualdade, da proporcionalidade e da imparcialidade.

Isso deve ser feito com uma postura adequada, que não esqueça que só é possível prosseguir o interesse público contando com as pessoas dos decisores e dos trabalhadores da administração, e que, para contar com essas pessoas, não se lhes pode exigir o impossível, e tem de se admitir que ninguém quererá servir o interesse público se não puder saber, mesmo que aproximadamente, aquilo com que pode contar. Se os decisores públicos não puderem contar com alguma segurança na aplicação do direito, naturalmente ninguém quererá assumir tais responsabilidades. Por isso, na construção da aparelhagem teórica do princípio da eficiência, há que prestar atenção ao que é legítimo exigir, e ao que pode e deve caber a cada tipo de esfera de controlo, reconhecendo que o controlo jurisdicional tem as suas fronteiras, que servem propósitos específicos, e que devem ser observadas.



7. De todo o modo, também não quereríamos que se retirasse, destas nossas palavras, qualquer ideia de que o controlo jurisdicional da observância do princípio da boa administração seja algo que se coloque apenas de forma prospectiva, como algo que acontecerá no futuro mas ainda não é uma realidade hoje.

Pelo contrário: a nossa avaliação do estado actual deste debate é o de que, sem prejuízo de existir um caminho ainda a fazer, há já alguns aspectos que se vão apresentando como os prováveis suportes da tal “aparelhagem teórica” do princípio da boa administração como eficiência e economia.

Trata-se de aspectos que vão merecendo concretização parcelar em alguns contextos específicos, mas a partir dos quais já se vai conseguindo apreender uma ideia de conjunto, que se pode reconduzir à incidência de um princípio jurídico essencialmente preocupado com a dimensão fiduciária do exercício do poder, isto é, com a dimensão de boa utilização dos recursos que os cidadãos entregam às entidades públicas para gerir.

Entram nesta referência, por exemplo, os múltiplos deveres que vão surgindo em legislação sectorial, impondo o *planeamento e avaliação adequados*, a *fundamentação* e a *obrigatória consideração dos encargos futuros* das opções estratégicas de afectação de recursos. Outra concretização da eficiência, cada vez mais presente na decisão de contratar com entidades externas à administração, é a avaliação das alternativas, designadamente, a necessidade de considerar se o objectivo a atingir com esse contrato seria mais adequadamente prosseguido com a rentabilização dos recursos internos da administração. Ainda uma outra consideração que se deve filiar no princípio da boa administração como eficiência e economia está na exigência de que os bens afectos às entidades administrativas sejam preferencialmente utilizados de forma rentável, o que já encontra ampla concretização, por exemplo, nos regimes jurídicos relativos à utilização dos bens imóveis do domínio privado da administração.

8. São, ainda, concretizações muito parcelares, merecendo a sua aplicação todas as cautelas que acima fazemos. As entidades de controlo, por exemplo, parecem, ocasionalmente, esquecer esta prevenção, aplicando exigências específicas, decorrentes de regimes específicos, como se fosse indiferente a delimitação concreta que o legislador faz para essas exigências.

Isto é, ainda, um problema metodológico, que não deve ser ignorado: reconhecer valor preceptivo real ao princípio da boa administração não pode equivaler à aplicação deslocada de regras pensadas para certos casos. O facto de a partir de certas *regras* se poderem começar a induzir *princípios* leva consigo um princípio interpretativo básico, que encontra fundamento no velho e ainda estruturante princípio da separação de poderes: nas situações não reguladas por regras, apenas será possível a um tribunal afirmar a violação de princípios num quadro em que o comportamento da administração se revista de características que permitam afirmar esse juízo de uma forma que gere um *consenso inter-subjectivo* suficiente.

Com efeito, uma coisa é a administração vender um imóvel sem se preocupar em avaliar previamente o seu valor de mercado; outra coisa será um tribunal colocar em causa a venda à luz do princípio da eficiência, só por discordar do método que a administração utilizou para fazer a avaliação do imóvel, quando esse método era um de entre vários habitualmente utilizados⁹. De facto, metodologias de avaliação do valor dos imóveis há muitas, podendo até verificar-se dissenso entre os técnicos a esse respeito. Se a posição que a administração adoptou sobre a matéria, ao definir o valor do imóvel, está suportada numa forma de avaliação

⁹ É um exemplo que se refere em JOÃO MIRANDA/MIGUEL ASSIS RAIMUNDO/ANA GOUVEIA MARTINS/MARCO CAPITÃO FERREIRA/FILÍPE BRITO BASTOS/JORGE PAÇÃO/SARA AZEVEDO/DAVID PRATAS BRITO, *Comentário ao RJPIP*, p. 38.



que seja *defensável* do ponto de vista técnico, não há suficiente *segurança* para o tribunal substituir o método que a administração utilizou pelo método que ele próprio, tribunal, entende que deveria ter sido utilizado: aí, faltaria o tal consenso inter-subjectivo quanto à existência de uma decisão ineficiente; e, estamos em crer, haveria uma ilegítima substituição da administração por parte do tribunal.

IV. CONCLUSÃO

9. O caminho apresenta-se com desafios, como se vê: são alguns dos *novos desafios da legalidade administrativa*, como se pretendeu reflectir. Pela nossa parte, achamos que o caminho merece ser trilhado, sobretudo porque nos parece que ainda não se encontrou, nesta matéria, um equilíbrio adequado, que concilie todos os interesses em presença.

Em todo o caso, mais do que ideias finais, parece-nos importante afirmar o quadro de referência no qual, a nosso ver, esta tarefa da comunidade jurídica deve desenvolver-se: trata-se, em suma, de encontrar os mecanismos adequados para que a actividade administrativa observe os interesses dos seus destinatários últimos (as pessoas), sem perder de vista que isso só pode acontecer de forma adequada se se reconhecer a força vivificante – ainda hoje – do princípio da separação de poderes e de funções entre legislador, administração e tribunais.

Fundamentos para o controle consensual da Administração Pública

LUCIANO FERRAZ ¹

Resumo

O texto trata da evolução da atividade de Controle da Administração Pública sob os paradigmas do Estado Liberal, do Estado Social e do Estado Pós-Social. Pretende-se demonstrar que a Administração Pública Contemporânea, caracterizada por absorver o fenômeno da consensualidade (Administração Pública Consensual), exige o desenvolvimento de métodos de controle baseados no consenso e não na sanção, com o objetivo de incrementar a eficiência administrativa.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Consensualidade. Administração Pública Consensual. Controle da Administração Pública. Eficiência Administrativa.

¹ *Professor Associado de Direito Administrativo na UFMG, Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela UFMG, Pós-doutor em Direito pela Universidade Nova de Lisboa – UNL.*



Abstract

The text deals with the evolution of the activity of Public Administration Control under the paradigms of the Liberal State, the Social State and the Post-Social State. The aim is to demonstrate that the Public Administration, characterized by absorbing the phenomenon of consensuality (Consensual Public Administration), requires the development of methods of control based on consensus, not sanction, with the aim of increasing administrative efficiency.

Keywords: Administrative Law. Consensuality. Consensus Public Administration. Control of Public Administration. Administrative Efficiency.

Sumário

1. Contextualização do tema; 2. Administração Pública no Estado Liberal – positivismo e “bonapartismo”; 3. Administração Pública no Estado Social – ‘conformação’ e juridicidade; 4. Administração Pública no Estado Pós Social: participação e ‘contratualização’; 5. Controle Consensual da Administração Pública – instrumentos e previsão; 6. Conclusão; 7. *Referências Bibliográficas*

1. Contextualização do tema

O texto que se apresenta à comunidade luso-brasileira almeja estabelecer conexões de sentido entre Administração Pública, Direito Administrativo e Ciência de Administração, a partir do estudo da temática do Controle da Administração Pública. Pretende-se justificar, do ponto de vista teórico, “razões de ser” jurídico-pragmáticas para o desenvolvimento de métodos de “controle

consensual”² – cada vez mais difundidos na realidade normativa e institucional brasileira –, como decorrência da Administração Pública Consensual.³

Nesse sentido, para analisar o nascimento e a evolução do controle da Administração Pública é essencial revistar as bases metodológicas sobre as quais o Direito Administrativo e a Ciência de Administração edificaram sua história, ambientados a partir da implantação das noções típicas do Estado de Direito, consagrador dos princípios da separação dos poderes e da legalidade.⁴

2. Administração Pública no Estado Liberal - positivismo e “bonapartismo”

O Estado Liberal – sucessor histórico do Estado Absolutista (*the king can do no wrong*) – trouxe, no âmago de sua formação, mercê da contribuição filosófica dos contratualistas⁵, o sistema de freios e con-

2 Posso afirmar que a ideia central desse trabalho, a de que o método de Controle Consensual da Administração Pública é mais eficiente e eficaz do que o controle repressivo tradicional, não destoaria da que consta da minha tese de doutoramento na UFMG “Novos Rumos para o controle da Administração Pública: auditorias de gestão e eficiência administrativa” (2003), tampouco dos fundamentos de outros artigos que publiquei, nos quais, pela primeira vez, a expressão “Controle Consensual da Administração Pública” foi aplicada e utilizada pelos autores brasileiros, como um método de substituição parcial do “controle-sanção”.

3 Sobre Administração Pública Consensual ou Concertada, Bitencourt Neto esclarece que “entre as grandes transformações por que passou a Administração Pública pós-liberal está a valorização da participação, da negociação e a da busca de consenso nos procedimentos de decisão administrativa, fenômeno que se pode chamar Administração concertada. (BITENCOURT NETO, Eurico. Administração Pública Concertada. In. GOMES, Carla Amado. NEVES, Ana Fernanda. BITENCOURT NETO, Eurico. *A Prevenção da corrupção e outros desafios da Boa Governanças na Administração (Coord.)*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas: Lisboa, 2018, p. 26. Disponível em <http://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/15804/view>).

4 CUESTA, Rafael de Entrena. *Curso de derecho administrativo*. 11. ed. Madrid: Tecnos, 1995. v. 1.

5 Sobre a contribuição dos contratualistas para o Estado liberal, Vasco Manoel P. Silva ensina que “Hobbes e Rousseau contribuíram com o elemento democrático. A ideia do pacto social como origem do poder oferecia uma explicação imanente do poder político, fundamentando o Estado na vontade das pessoas que constituem a sociedade. Por seu lado, Locke e Montesquieu teorizaram o elemento liberal do Estado, a ideia de autolimitação do poder político como garantia da liberdade individual.” (SILVA. Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da Silva. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 16)



trapesos, para evitar o exercício abusivo do poder político: o controle do poder sobre o poder.

A regra matriz do Estado Liberal – a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) – prescreveu a necessidade de submissão da atividade administrativa à ação controladora do próprio Estado: “a sociedade tem direito de pedir contas a todo o agente público pela sua administração.” (art. 15).

Foi nesse contexto que, do ponto de vista jurídico, o princípio da legalidade se afirmou como elemento quase infalível e soberano – síntese da vontade geral –, passando a qualificar a atividade de administrar como aplicação mecânica e oficiosa da lei⁶, assim como a atividade de julgar como um ato de subsumi-la contenciosamente (“*la bouche de la loi*”).⁷

6 SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. *O princípio da separação de poderes e os novos movimentos sociais: a administração pública no Estado moderno: entre as exigências de liberdade e organização*. Almedina: Coimbra, 1995. “Estamos aqui diante de uma concepção do sentido e limites da Administração Pública, correspondendo às intenções dum Estado de Direito formal, assente na ideia (ainda muito difundida) de que a Administração é exclusivamente execução da lei, o administrativo desenvolvendo uma função ‘acessória da lei’, ideia esta que põe todas as complacências na obra do legislador como ‘inventor do direito’ e que descarta que as reivindicações originárias [iluministas] dum Estado de Direito formam animadas por um conceito material de lei (entendida como ato de captação do direito), expressão ‘autêntica e irrecusável do direito’, mas que um tal conceito material de lei foi abandonado pelo positivismo novecentista, o qual fez emergir o conceito formal de lei (‘produto que vale apenas por exprimir o poder ou a vontade dum legislador’), mas manteve (um tal positivismo) a concepção de que dos três poderes clássicos só um é soberano (o legislativo), volvendo-se a Administração e a Jurisdição em dois modos de desenvolver a mesma tarefa de executar as palavras da lei, por tal forma que as diferenças apresentadas entre si exprimem apenas a separação de arranjos técnico-organizatórios. É ainda nesta linha de raciocínio que uma certa corrente (muito numerosa) defende com ardor a tese que, na Alemanha (desde Jesche), se designa pela ‘reserva total’ a significar que cada acto da Administração tivesse de encontrar sua prefiguração numa lei existente.” (SUORDEM. *O princípio...*, cit. p. 408-409)

7 Percebe-se que a filosofia do Estado liberal acolhe a solução dada pela concepção absolutista ao problema das relações entre legislador e juiz (e administrador) ao consagrar o dogma da ‘onipotência do legislador’ (a teoria da monopolização da produção jurídica por parte do legislador).

Bem de ver que o contexto histórico em que o princípio da legalidade foi concebido – a ilustração –, distingue-se profundamente daquele em que restou efetivamente implementado – o Estado liberal –, consolidando uma espécie de redução positiva do Direito à lei. “Ao assumir-se como fundamentação (cultural geral, filosófica, jurídica e política) de um tipo de Estado liberal (pensado inicialmente como um Estado de Direito formal) a concepção de organização social e política teorizada pelo individualismo contratualista ‘uniu’ o seu ‘destino’ às vicissitudes da sua ‘criação’, e de um modo tanto mais comprometedor quanto o ideário racionalista venha a concorrer para a formação da mentalidade do positivismo jurídico.”⁸

Com efeito, a proclamação apriorística da lei como razão justa, instrumento de garantia efetiva da liberdade, da igualdade e da propriedade, deixou firme o terreno para a emergência do positivismo jurídico.⁹ Essa ‘propensão positivista’ se confirmou por intermédio dos processos de codificação do Direito, nomeadamente pela codificação napoleônica e pela codificação germânica (Século XIX).¹⁰

8 SUORDEM. *O princípio...* p. 22.

9 Conforme salienta Bobbio: “o positivismo jurídico é uma concepção do direito que nasce quando ‘direito positivo’ e ‘direito natural’ não mais são considerados direito no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser considerado como direito em sentido próprio. Por obra do positivismo jurídico, ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito. A partir deste momento o acréscimo do adjetivo ‘positivo’ ao termo ‘direito’ torna-se um pleonasma...” (BOBBIO. *Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, São Paulo: Ícone.1995. p. 26).

10 “*Los procesos de codificación que se impulsaron desde la segunda mitad del siglo XVIII y tomaron plena forma en el siglo XIX, forman un arco de procesos históricamente determinable que va desde la promulgación del Código Civil napoleónico en la Francia de 1803 hasta el Código Civil alemán promulgado en el 1900.*” (ALFARO, Normam José Solórzano. Notas para una crítica del principio da legalidade, *Revista Crítica Jurídica*, n. 19, Jul./Dez., 2001, p. 36). Anota-se, também, que desse processo derivou uma tendência reducionista em duplo sentido: por um lado, a disposição de não se reconhecer outro Direito a não ser o que emanava dos órgãos estatais competentes; de outro, a emergência de uma linha bastarda que pretendia a ‘juridificação’ de todas as esferas ou aspectos da realidade.



Concernente à estrutura da Administração Pública, o movimento se fez no mesmo sentido¹¹ – o Estado liberal apareceu historicamente como resultado da conjugação de dois diferentes elementos. O primeiro – autoritário – a máxima unificação e concentração do poder estatal; o segundo – liberal – uma organização política que garantisse a liberdade e os direitos individuais, por intermédio da técnica da separação dos poderes.¹²

A união entre esses elementos autoritários e liberais permitiu afirmar que a passagem do Estado absoluto para o Estado liberal não se caracterizou por comportar uma ruptura radical: “por baixo dos princípios ideológicos e estruturais definidores do Estado Constitucional existem linhas de continuidade, através das quais são vertidos e conseguem sobreviver conteúdos do Antigo Regime.”¹³

Essa mixagem de velhas instituições e novos princípios teve como resultado a Administração Pública do Estado liberal, caracterizada por fazer

11 “O equilíbrio do modelo ocidental/liberal de Administração Pública tem como pressuposto teórico e exigência metódica a busca da demarcação entre a esfera do Estado e da Sociedade civil, com a adoção de limites à intervenção do Estado no domínio econômico e político (preocupação de garantia e salvaguarda as liberdades individuais em face de eventuais lesões decorrentes da atuação dos poderes do Estado) com a afirmação do princípio da separação das instâncias administrativas em face das outras instâncias.” (SUORDEM. *O princípio...*, cit. p. 71).

12 SILVA. *Em busca...*, cit. p. 16 e segs. Registre-se que o princípio da separação dos poderes é utilizado pelo pensamento liberal como forma de garantir a sociedade contra os abusos do próprio legislador. A separação de poderes dá ensejo à estruturação do Estado subdivido em três órgãos: Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. As interpretações ortodoxas das lições de Montesquieu levaram à criação de uma justiça especial na França, não integrante do Poder Judiciário, mas do Poder Executivo (Conselho de Estado), ficando o exercício de jurisdição ordinária restrita a solver querelas entre os particulares. Alguns países seguiram o modelo e outros preferiram adotar o modelo inglês de ‘jurisdição uma, com foi o caso do Brasil, a partir de 1891.

13 SILVA. *Em busca...*, cit. p. 39.

do ato administrativo sua forma precípua de atuação¹⁴ – e por apresentar, ao nível organizacional, uma estrutura centralizada, cujo exemplo típico foi o da Administração Napoleônica. “Neste modelo teórico é posto em realce a estruturação de tipo burocrático-monárquico de Administração Pública, assente a mesma na adoção dos princípios de hierarquia e subordinação, ambos se encontrando face a face quer no modelo liberal quer no modelo Weberiano. Deste jogo de equilíbrios se funda o modelo ocidental de Administração.”¹⁵

Dessa forma, a Administração no Estado liberal assumiu uma estrutura unificada e hierarquizada, em que as competências dos diversos órgãos se encontravam escalonadas e encadeadas, à moda de uma pirâmide.¹⁶ A figura da pirâmide – a noção de hierarquia – retratava fielmente o modelo de administração do Estado liberal, que se tornou o padrão organizacional adotado pelos países da Europa continental e pelas nações por ela influenciadas.¹⁷

14 Aceitar-se o ato administrativo como conceito central do Direito Administrativo repercutirá na noção de controle da atividade administrativa. O foco será o ato administrativo isoladamente considerado e não a gestão administrativa globalmente avaliada.

15 SUORDEM. *O princípio...*, cit. p. 71. “Neste modelo teórico é posto em realce a estruturação de tipo burocrático-monárquico de Administração Pública, assente a mesma na adoção dos princípios de hierarquia e subordinação, ambos se encontrando face a face quer no modelo liberal quer no modelo Weberiano. Deste jogo de equilíbrios se funda o modelo ocidental de Administração.”

16 SILVA. *Em busca...*, cit. p. 40-41, onde se lê: “A razão de ser deste modelo de organização administrativa prende-se com as exigências políticas a que o liberalismo vai procurar dar resposta. Com efeito, ‘a burguesia necessitava de uma estrutura administrativa racional e centralizada, que permitisse eliminar as disparidades locais e conseguir a formação de um mercado nacional, bem como eliminar os perturbadores entraves feudais; e também precisava de uma Administração robusta e enérgica, que procedesse à criação das infra-estruturas e serviços necessários para potenciar a atividade econômica (estradas, canais, caminhos-de-ferro, educação) e que permitisse a instauração de uma ordem pública vigorosa.”

17 SUORDEM. *O princípio...*, cit. p. 71.



Ao Estado reconheceu-se, portanto, a personalidade jurídica e suas funções, sobretudo as administrativas, foram atribuídas a órgãos despersonalizados, titularizados por agentes, que atuavam como se o próprio Estado fossem (teoria do órgão). Esta, aliás, foi a fórmula que sucedeu ao patrimonialismo, porque os meios públicos de produção passaram a pertencer à pessoa jurídica do Estado, apartando-se, pois, dos meios e da vida particular dos agentes que amiúde exerciam a atividade administrativa.¹⁸

Max Weber foi o teórico que descreveu teoricamente o modelo burocrático, mediante sua ligação com o tipo legal de dominação realizado dentro do quadro administrativo. “Nesse modelo, o Direito é racionalmente estabelecido dentro de um território a partir de um conjunto de regras abstratas. As ordens expedidas pelos funcionários passam a ser impessoais e quem as obedece o faz como membro da ‘associação’ pelo que, só há obrigação dentro da competência objetiva, racionalmente limitada. As definições típico-ideais de Estado e burocracia se fundam, então, na natureza dos ‘meios.’”¹⁹

As categorias fundamentais da dominação racional, aplicáveis à Administração burocrática, segundo Weber, seriam “o exercício contínuo, vinculado a determinadas regras, de funções oficiais, dentro de determinada competência, o que significa um âmbito objetivamente limitado, em vir-

18 Os alemães desenvolveram as teorias do órgão e da personalidade jurídica do Estado. A teoria do órgão, desenvolvida pelo jurista alemão Otto Gierke, sustenta que as pessoas jurídicas, entre as quais o Estado, são pessoas coletivas que têm consciência e vontade autônomas e independentes das pessoas particulares, manifestando sua vontade por meio de órgãos. Os órgãos mediante os quais o Estado forma e faz atuar a própria vontade, não são qualquer coisa apartada e diferente dele. Pelo contrário, constituem parte integrante, de sorte que, perante terceiros, a vontade das pessoas físicas que agem na qualidade de órgãos do Estado, nada mais é que a própria vontade do Estado.

19 GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, São Paulo: Dialética, 2002, p. 33.

tude da distribuição de serviços obrigatórios, com atribuição dos poderes de mando eventualmente admissíveis e das condições de sua aplicação.”²⁰

Pelas características do positivismo jurídico e da burocracia liberal-weberiana, tem-se que o Estado Liberal restou edificado a partir de dogmas normativos e formalistas, tanto ao nível do Direito (Direito Administrativo), quanto ao nível da organização da Administração Pública.

No tocante ao Direito, verificou-se sua identificação com a lei, reduzindo-se seu aspecto cognitivo ao âmbito da validade formal da norma jurídica. A ordem jurídica construída à semelhança de uma pirâmide apresentava-se como avessa a aspectos ‘extra legais’: imperava uma visão formal-legalista, avaliativa e coercitiva do Direito. No que se referia à Administração Pública, o modelo organizacional prevalecente era o da burocracia descrita por Max Weber. A estruturação do Estado em moldes hierárquicos, com postos e funções definidas, restringia a atividade dos agentes ao cumprimento de regras impessoais e procedimentos formais predeterminados, carecendo-se de técnicas que permitissem mensurar aspectos de eficiência.

Em síntese, o clássico princípio da legalidade, nascido para subordinar o poder ao comando da vontade geral, sucumbiu aos ditames de um processo de racionalização/burocratização/centralização das funções públicas e administrativas – e essa totalização do direito legislado é correlativa da tendência burocratizante e centralista dos aparatos estatais organizados à moda do bonapartismo.²¹

20 WEBER. *Economia e Sociedade*. 3. ed., Brasília: UNB, 1994, v. 1, p. 141.

21 ALFARO. *Notas...*, cit. p. 38, rodapé 19 e 39.



3. Administração Pública no Estado Social - ‘conformação’ e juridicidade

O pecado original da concepção positivista acerca da Administração Pública executora da lei consistiu justamente na impossibilidade de se enclausurarem todas as atividades jurídico-materiais administrativas numa ‘camisa de força normativa’. A bem da verdade, conforme sustenta Cassesse, *“es probable que el paradigma de la Administración como ejecución de ley no haya encontrado nunca una correspondencia en el Derecho positivo. Si este paradigma está hoy día desmentido por el Derecho positivo, com maior razón lo estaba en el siglo XIX, donde era menor el peso del Parlamento y más reducido el campo regulado por las leyes.”*²² Somente por rasgos de ideologia é possível explicar uma posição dessa natureza, que se origina, por assim dizer, *“de la influencia del liberalismo y del positivismo, los cuales, para encontrar un amparo al ciudadano y un fundamento de análisis seguro a la ciencia, basaron todo en la ley, reduciendo el Derecho a la ley.”*²³

Bem de ver que ao adotarem essa orientação reducionista, as escolas positivistas se depararam com um grave e complexo problema, o do amplo espectro de liberdade (discricionariedade) de que gozava a Administração Pública em face da lei. É que a zona de atuação administrativa reconduzível à execução da lei, concretizava-se mediante atos de gestão, ao passo que a zona de atuação discricionária conformava-se mediante atos de império, praticamente à margem do Direito – imunes, portanto, ao controle dos órgãos jurisdicionais.²⁴

22 CASSESE, Sabino. *Las bases del derecho administrativo*, Madrid: MAP, 1994. p. 61.

23 *Idem, ibidem.*

24 MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*, São Paulo: Dialética, 1999, p. 28.

Essa exceção ao controle judiciário sobre os atos de império, resultante de uma administração executora com amplo espaço de atuação, vai fazer com que a discricionariedade seja vista com maus olhos no futuro, determinando o aumento quantitativo das leis, na mesma proporção em que cresceram a necessidade de intervenção do Estado e a replicação de instâncias de verificação e controle dos movimentos administrativos.

O período de transição do paradigma do Estado Liberal para o Estado Social tem início em fins do século XIX e primeiras décadas do século XX, em face da necessidade cada vez mais presente de intervenção estatal nos domínios econômico e social. O alargamento das atribuições do Estado fez crescer sua atividade, colocando em xeque o paradigma liberal clássico e sua “mão invisível” sobre o mercado e as relações sociais.²⁵

Nesse cenário de transição, o espanhol Santamaria Pastor identifica três momentos consecutivos e sucessivos de revelação e historicidade: (a) a fase de intervenção na regulação das relações trabalhistas; (b) a fase de intervenção no funcionamento da economia; (c) a fase do apogeu do Estado Social, ao final da Segunda Grande Guerra.²⁶

Durante a primeira fase, identificou-se o surgimento de leis trabalhistas, como as de Bismarck (1883 a 1889), versando sobre a criação de seguros em caso de doenças e acidente do trabalho (tendência que constitucionalmente se consolidaria mais tarde a partir da Constituição Mexicana de 1917 e de Weimar em 1919). A segunda fase coincidiu com

25 A passagem do Estado liberal para o Estado Social, com a conseqüente alteração do ambiente político jurídico, teve como reflexo a necessidade de mudança de panorama do Direito Administrativo: “o Estado, muito tempo apenas preocupado com o domínio político, parece descobrir agora uma nova vocação – a questão social e as crises cíclicas do capitalismo dos finais do século XIX e início do século XX vieram colocar novos desafios ao poder político, chamando o Estado a desempenhar novas funções de tipo econômico e social.” (SILVA. *Em busca...*, cit. p. 71-72).

26 Apud SILVA. *Em busca...*, cit. p. 72-73.



o advento da Primeira Grande Guerra Mundial. Foi o período das ‘economias de guerra’: *“la primera guerra mundial produce en este respecto una modificación esencial. Las exigencias inmediatas de la guerra hacen necesaria la movilización de todo el potencial bélico de la nación, también y muy especialmente del potencial económico, y ello provoca la intervención del Estado en el sistema de la distribución de los bienes.”*^{27 28}

Na terceira fase – período posterior à Segunda Grande Guerra²⁹ – a aplicação da receita intervencionista keynesiana (Estado como regulador geral da economia), com o mote de resolver os problemas econômicos e alcançar equilíbrio global do funcionamento da economia pela via da expansão da procura, vai levar a um intervencionismo crescente do Estado na vida econômica. O Estado passou de mero consumidor também a produtor de bens e serviços.³⁰

Como consequência, a função administrativa do Estado, que paulatinamente agregava serviços sociais, passou também a funcionar como

27 FORSTHOFF, Ernest. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos. 1958. p. 103.

28 Com efeito, havia se potencializado a partir do período entre guerras e necessidade de intervenção econômica, levando o Estado a avocar a si a orientação e a regulação da economia e das finanças, para além de se imiscuir na realização de tarefas produtivas. A depressão do fim da década de 1920 que se estendeu pela década de 1930, aliada ao caos resultante da Segunda Grande Guerra, terminou por turbinar o intervencionismo estatal na economia.

29 “Na verdade, depois das duas guerras, o conteúdo da Ciência das Finanças sofreu transformação profunda. Era estudada como disciplina que ensinava apenas os meios pelos quais o Estado procurava e utilizava os recursos necessários à cobertura das despesas públicas, pela repartição, entre os indivíduos, dos encargos que delas resultam. A Ciência das Finanças, hoje, ensina a procura desses meios, mas também, utiliza-os com fim intervencionista em matéria econômica, social e política. Os tributos são empregados com finalidades extra-fiscais. Os empréstimos estão servindo para bombardear a desvalorização da moeda. O orçamento não é, apenas, uma exposição financeira, mas um quadro orgânico da Economia Nacional” (DEODATO, Alberto. *Manual de ciência das finanças*, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 1961. p. 18-19).

30 SILVA, Vasco Pereira da. *Para um contencioso administrativo dos particulares*, Coimbra: Almedina, 1997, p. 41.

instrumento de ação do governo e de regulação macroeconômica. Ao Estado caberia utilizar-se de instrumentos de política econômica que permitissem regular a taxa de juros (mantendo-a abaixo da expectativa de lucro); incrementar o consumo por meio dos gastos públicos; expandir investimentos, mediante a expansão do crédito público (na medida em que sejam capazes de absorver a poupança).

Com isso, foi notável o desenvolvimento da atividade administrativa estatal, a qual – a esta altura – dificilmente poderia ser, ainda que ideologicamente, reconduzível à mera execução da lei *ex officio*. O desenho estatal aproximou-se do modelo de Estado a que a doutrina alemã, nomeadamente Carl Schmidt, batizou “Estado Administrativo” (*Verwaltungsstaat*) e do modelo de Administração a que Ernest Forsthoff denominou “Administração Conformadora”.

Como se vê, a mudança do Estado liberal (Administração executora da lei) para o Estado Social (Administração conformadora) implicou novo entendimento acerca da função administrativa, tamanha sua expansão e reconfiguração sistêmica. A Administração não mais se contentaria com uma atuação residual e retrospectiva, senão com uma atuação ampla e prospectiva. Pode-se dizer então que a nova face do Estado-Administração assumira uma dupla expansão administrativa: a da organização e a do rol de atividades.³¹

31 Com efeito, sob a perspectiva organizacional, o antigo modelo bonapartista tornou-se insuficiente para responder às necessidades operativas da nova Administração Pública no Estado Social. Foi assim que a Administração passou a se organizar em caráter pluralista, mediante a adoção de técnicas de desconcentração e descentralização administrativas, alargando sensivelmente a presença do Poder Executivo. Sob a perspectiva material, como aponta Rogério Soares, o movimento significou uma nova concepção do Estado de Direito, para além de sua dimensão puramente formal: a administração assumiu uma feição criadora, conformadora ou constitutiva, ao contrário daquilo que era a satisfação dum pensamento meramente executivo, expresso na ideia de Estado de direito formal. (Apud SILVA. Em busca..., cit. p. 83.)’



No Estado Administrativo, de Administração Conformadora, a estrutura lógico-formal do Direito não mais se prestava a fornecer-lhe o substrato material. As novas tarefas assumidas pela Administração Pública (v.g., planificação econômica, gestão empresarial, organização do território, urbanismo, promoção cultural, proteção social, proteção ao meio ambiente, busca de melhor qualidade de vida dos cidadãos), deixavam ver a impossibilidade de o legislador aprioristicamente definir todas as situações, em ordem a vestir-lhes a roupagem da lei, do código.³²

Aliava-se a isso o fato de a concepção positivista do Direito ter dado azo a atrocidades cometidas em nome da lei e e do formalismo do Poder no período do nazi-fascismo (*Gesetz ist Gesetz*), abrindo espaço ao seu questionamento e decadência. Com efeito, “os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da II Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação.”³³ Assim, após os conflitos mundiais, ainda ao tempo da guerra fria – sob o influxo da violação dos direitos fundamentais e da brusca expansão da atividade administrativa do Estado vingaram as teses sobre a necessidade de se alargar, para além da lei, o espectro cognitivo do Direito.

32 O reflexo dessa realidade para o Direito Administrativo será a ampliação do terreno para o exercício da atividade discricionária da Administração Pública. Não obstante, ao contrário do que acontecia no Estado liberal, no qual os atos de império ficavam *a latere* do controle judicial, a discricionariedade será vista como exercício de uma competência vinculada por regras (leis) e princípios.

33 BARROSO. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Interesse Público*, n. 11, 2001. p. 59.

Assim é que o constitucionalismo do fim do século XX promoveu, por assim dizer, um retorno do pêndulo aos valores compartilhados pela sociedade, mercê de princípios jurídicos abrigados pela Constituição – o Direito deixou de ser só corpo – tal como concebido pela escola normativista de Viena – e passou a, de corpo de alma, ser munido de um comprometimento axiológico, substituindo-se a noção de legalidade pela noção principiológica de juridicidade.^{34 35} Nesse sentido, a Constituição Portuguesa de 1976, a Espanhola de 1978 e a Brasileira de 1988.

Contudo, as promessas constitucionais necessitavam de meios materiais de execução, especialmente no Brasil. A distância entre o mundo do “dever ser” (a promessa) e a realidade (o real) não suportou por muito tempo este “estado de coisas prometido”. Não tardou para que mutações econômicas, tecnológicas, institucionais, políticas abalasse as ideias chave em torno das quais se organizou um aparato administrativo inchado e caro, instituído com olhos no retrovisor. “Somos confrontados com os bloqueios deste modelo de Estado – interventor, bloqueios esses

34 Os princípios fundamentais “assentam-se numa base antropológica comum – o homem como pessoa, como cidadão, como trabalhador –, o que aponta não apenas para o reconhecimento da dignidade humana e da autonomia individual perante o Estado (dimensão de Estado de direito), mas também para a inserção do homem livre num processo democraticamente comunicativo (princípio democrático) e para a garantia existencial do indivíduo nos planos econômico, social e cultural (princípio do Estado Social).” (CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra, 1991, p. 74).

35 “Podemos afirmar que a norma jurídica é legítima – dotada de legitimidade – quando existir correspondência entre o comando nela consubstanciado e o sentido admitido e consentido pelo todo social, a partir da realidade coletada como justificadora do preceito normatizado. A norma jurídica, por outro lado, é legal – dotada de legalidade – quando criada conforme o procedimento previsto pela Constituição, não tendo sido posteriormente revogada, segundo o procedimento também previsto pela Constituição. Vê-se, desde logo, pois, que legalidade é termo de um conceito formal, ao passo que legitimidade é termo de um conceito material.” (GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 38.)



que afetam a eficiência da Administração Pública concebida como uma espécie de ‘longa manus’ do Estado Social.”³⁶

4. Administração Pública no Estado Pós Social: participação e ‘contratualização’

Este novo perfil do Estado exigiu uma dimensão organizacional mais reduzida, enxuta e compactada, passando a ser pautado e condicionado pelo mercado e por seus atores – conglomerados empresariais transnacionais, instituições financeiras internacionais, organismos supranacionais, entidades de classe, câmaras de comércio, associações de consumidores, corporações profissionais, institutos públicos, semi públicos e privados, sindicatos. Afinal, “a economia que, efetivamente, calibra, baliza e pauta tanto a agenda quanto as decisões políticas e jurídicas.”³⁷

A reconfiguração do modelo estatal produziu um recuo na configuração

36 SUORDEM. *O princípio...*, cit. p. 157-158. Nesse lanço, “não só se constata que uma economia planificada não é capaz de realizar as *performances* requeridas pelas modernas sociedades de consumo, como o extenso aparelho organizacional da economia do bem-estar tende para o desenvolvimento duma rigidez burocrática prejudicial à eficiência do Estado e da sua Administração, como ainda a necessidade de resolver o problema da inflação aponta para a introdução de mudanças significativas nas prioridades e metodologias da política econômica” (SUORDEM. *O princípio...*, cit. p. 157-158).

37 FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 177-178. Tal como anota Bitencourt Netto “o início do processo de retração da Administração prestadora se dá, na Europa, a partir da década de 1970, por diversas razões: limitações de ordem econômica (ROSANVALLON, 1981, p. 151), ou decorrentes de um “limite tolerável de socialização de bens e serviços” (ROSANVALLON, 1981, p. 16-18), aliadas a outros fatores como a emergência da “questão ecológica” (SILVA, 2009, p. 152) e a ‘queda’ do eixo central do mundo socialista, com o fim da União Soviética e da Europa comunista – que diminuiu a pressão social sobre o capitalismo. Trata-se sobretudo de transformações da realidade constitucional, sem ter havido significativas alterações dos textos constitucionais, sobretudo de seu substrato axiológico.” (BITENCOURT NETTO, Eurico. *Transformações do Estado e da Administração Pública no século XXI*. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 297).

da Administração Conformadora – que marcou a Europa do Século XX – e que até os dias atuais não se fez implementar satisfatoriamente no Brasil. Realmente, as últimas décadas revelaram transformações nos Estados Democráticos de Direito, bastantes à configuração de um Estado Pós-Social.³⁸

No contexto da globalização, a crise do modelo interventivo exige novas técnicas de atuação da Administração Pública, as quais, em sua maior parte, são importadas das empresas privadas. “A situação de incerteza que caracteriza o mundo contemporâneo em todas as dimensões (política, econômica, social, cultural) e do cambiante contexto em que devem atuar as Administrações Públicas, estas, ademais de ter que se adaptar ao novo modelo e paradigma da gestão pública, pós moderno, devem assumir e gerir a crise do modelo tradicional do setor público, assim como a escassez de recursos frente ao volume de demandas sobre si existentes, intentando obter os máximos resultados pelo menor custo possível.”³⁹

Para acelerar e colocar mais um desafio imediato a esse câmbio estrutural e funcional do Estado, os primórdios do Século XXI demandaram-

38 SILVA. *Em Busca...* cit. p. 128.

39 ALIENDE, José Manuel Canales. ÁLVARES, José Manuel Rodrigues. Estudio preliminar a la obra Auditoría de Gestión y Modernización de La Administración, Madrid: Boletim Oficial do Estado, 1999, p. XVIII. O novo paradigma de Administração Pública caracteriza-se pelas seguintes orientações: (a) transformação da estrutura burocrática, hierárquica, rígida, formalista e opaca; pretende-se que a Administração Pública seja transparente, eficiente e econômica; (b) mudança no enfoque da Administração Pública; se esta antes baseava-se em procedimentos, passa a ser orientada para resultados – que podem ser obtidos por vias dialógicas; (c) proposta de uma Administração Pública com maior autonomia, descentralização e flexibilidade, baseada em consecução de objetivos prefixados; (d) incremento da responsabilidade (accountability) dos gestores no alcance desses resultados; (e) orientação do atuar da Administração Pública em benefício do cidadão-cliente, preferencialmente com sua participação; (f) medição dos resultados da gestão administrativa; (g) preocupação e incentivo à inovação.



-lhe o ingresso na “era virtual” – a velocidade das mutações conjunturais e da transmissão de dados e informações, impuseram a necessidade de adaptações rápidas e respostas instantâneas às demandas da sociedade – a transparência “on line” abriu caminho para a cobrança “on line”, ampliando os desafios no arbitramento político das prioridades estatais.

Tecnicamente, pode-se dizer que a Administração contemporânea passou então a reclamar um diálogo institucionalizado entre o Poder Público e os particulares, bem como entre os diversos atores do aparato administrativo (concertação interorgânica), caracterizando um ‘novo estilo de administração’, participativo, concertado e flexível⁴⁰, marcado fundamentalmente pela noção de consensualidade – e pelo paradigma da Administração Pública Consensual ou Concertada ^{41 42 43}

Registrando essa tendência, Jean-Pierre Gaudin utilizou-se da expressão “governar por contratos”, com o objetivo de fazer alusão à valoriza-

40 BITENCOURT NETO, Eurico. *Administração Pública Concertada...* p. 16.

41 SOUTO, Marco Juruena Villela. A era da consensualidade e o Ministério Público. In. RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (Org.) *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*, São Paulo: Atlas, 2010.

42 Vide nota 1.

43 “A atividade de consenso-negociação entre o Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusivamente o estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária das decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado no ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos.” (MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 210).

ção do consenso nas relações administrativas, que se revelaria mediante formas de participação e consulta pública e formas de coordenação entre instituições e atores sociais que participam da ação pública.^{44 45}

Segundo Bonacorsi Palma, o fenômeno da consensualidade no âmbito da administração pública contemporânea encontra-se sedimentado em rasgos de “democracia substantiva”, eficiência administrativa” e “contratualização”⁴⁶.

Tem-se que a eficiência administrativa é um objetivo que se pretende alcançar com o uso da consensualidade e não propriamente um de seus fundamentos. A Administração Consensual traduz-se assim com os significados de (a) “dialogicidade” – abertura da Administração Pública ao diálogo franco com os cidadãos e a sociedade civil; (b) “contratualização” – a denotar a crescente utilização da técnica contratual em variados domínios da atuação administrativa.

44 Apud OLIVEIRA, Gustavo Justino. Schwanka, Cristiane. A Administração Consensual como nova face da Administração Pública no Séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 104. Jan./dez. 2009. p. 309.

45 Sobre a realidade latino-americana esclarece Gordillo: *“los países de América Latina mejorarían su grado y calidad de participación y, por lo tanto, de vida democrática, si establecieran la norma de la necesaria información, consulta y debate público previos a la emisión de normas administrativas generales o la adopción de grandes proyectos públicos. Bien se advierte de qué poco valen los medios tradicionales de control de la administración pública se no se complementan y vivifican con estos otros instrumentos modernos de control ciudadano.”* (GORDILLO. *El problema del control en la América Latina*, Madrid: Civitas, 1981. p. 28.

46 PALMA, Juliana Bonarcosi de. Atuação Administrativa Consensual: estudos dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. Dissertação de Mestrado. São Paulo: USP, 2010. p. 81 e segs. Acessível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112011-141226/pt-br.php>.



5. Controle Consensual da Administração Pública – instrumentos e previsão

Lafayette Pondé enfatizava que a expressão controle “tem tamanha amplitude que a bem dizer a vida social – ela própria – não é senão um processo contínuo de interação e controle. Seu conceito é um instrumento necessário da ideia de ordem e organização. – E até poderíamos dizer que ele surgiu no Paraíso com as primeiras palavras do Criador.”⁴⁷

Com efeito, a noção de controle é amplamente imbricada nas realidades da vida, encontrando-se presente nos objetos de investigação da Ciência Política, da Ciência e Administração, do Direito. Como parte integrante das atividades administrativas nas organizações, a atividade de controle mereceu atenção mais específica da Ciência de Administração (pública), especialmente nos Estados Unidos da América (abordagem empirista)⁴⁸, e do Direito Administrativo, especialmente na Europa (abordagem jurídica).⁴⁹

Numa abordagem crítica, Mosher e Cimmino registram que “*predomina en los estudios administrativos de carácter jurídico, una preocupación*

47 PONDÉ, Lafayette. Controle dos atos da administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, n. 212, abr./jun., 1998, p. 41.

48 A Ciência da Administração se desenvolve impulsionada pela Revolução Industrial, subjacente à necessidade de substituir métodos experimentados nas relações de produção, na busca de maior eficiência – a manufatura pelo instrumento; o escravo pelo assalariado; o empirismo pela técnica.

49 MOSHER, Frederick; CIMMINO, Salvatore. *Ciencia de la administracion*. Madrid: Rialp, 1961. p. 34-63. Essa distinção de abordagem científica explica, em boa medida, os motivos pelo quais a atividade de administração pública – e via de consequência seus métodos de controle – terminou por ser desenvolvida também numa perspectiva eminentemente jurídica, com um prestígio expressivo angariado pelo Direito Administrativo e seus profissionais na Europa e no Brasil: “*una de las causas del desarrollo conseguido por el Derecho Administrativo en los países europeos se encuentra precisamente en el carácter que el fayolismo atribuye a la función administrativa, preocupándose exclusivamente de factores que garanticen a la gestión administrativa la eficacia de su trabajo [...] Evidentemente, estas ideas reducen e incluso olvidan los valores más significativos que presiden la actividad de la administracion publica.*” (p. 35)

ón essencial: la legalidad. Resulta, en cambio, totalmente olvidado el problema de la eficacia administrativa y de cualquier outro aspecto de orden técnico, lo que acarrea, como consecuencia, el abandono involuntario de un estudio metodológico del ars administrandi. Cualquier texto clásico de Derecho Administrativo lleva en sí mismo el signo de la visión unilateral del fenómeno administrativo, tanto más ignorado en su esencia cuanto más profunda se hace la investigación sobre la legalidad formal de los actos de la administración pública, sobre el contencioso-administrativo, sobre las prácticas en general de las administraciones públicas.”⁵⁰

Como se vê, os autores apresentam uma admoestação à visão unilateral e legalista do fenômeno administrativo público na Europa (via de consequência, nas nações de influência). O apego exagerado do Direito Administrativo à legalidade fez, a bem da verdade, com que a Administração Pública desprezasse ao longo do tempo métodos inovadores de controle e as atuações informais.⁵¹

Deveras, a maioria dos estudos de Direito Administrativo, com raríssimas exceções, limitam-se a tratar do controle dos atos administrativos (seus elementos vinculados ou discricionários), circunscritos à esfera judicial (ações judiciais de controle). Na realidade, sob os auspícios de uma Administração Pública meramente executora da lei, os métodos de controle e avaliação dos aparatos estatais não poderiam deixar de ser

50 MOSHER, Frederick; CIMMINO, Salvatore. *Ciência...* p. 57.

51 “A atividade informal surge como um universo paralelo de formas *declinadas* das atuações típicas, gêmeas, imperfeitas e casualmente *ligh*t, potencializadoras da celeridade e da consensualização.” (GOMES, Carla Amado. *O Dom da Ubiquidade Administrativa: reflexões sobre a atividade administrativa informal. Textos Dispersos de Direito Administrativo*, Lisboa: AAFDL, 2013. p. 375).



formalistas e atomizados. O fato de a construção teórica do Direito Administrativo ter sido sedimentada em torno da figura do ato administrativo, manifestou repercussões também no sítio da atividade controladora.⁵²

É verdade que os Estados em geral apresentaram alternativas mais amplas e técnicas para ampliação das atividades de controle da Administração Pública, quando instituíram organismos especializados, alheios ao âmbito judicial (Tribunais de Contas, Ministérios Públicos, Controladorias Internas, Corregedorias).⁵³ Todavia, a despeito dessas iniciativas, não enfrentaram o pecado original do problema, que residia justamente na concepção eminentemente legalista e atomizada, que qualificava a visão antiga da atividade de administração pública.⁵⁴

Deveras, “o controle tradicional baseado na mera comprovação das normas e dos procedimentos, assim como na detecção de possíveis erros, fraudes e delitos, tinha sentido e era útil dentro de um ambiente imutável e estável. Pelo contrário, hoje em dia, tratando-se de uma sociedade e de uma gestão pública dinâmica, mutável, complexa e incerta, o controle tradicional – formalista, regulamentarista e rotineiro – demonstra-se obsoleto e ineficaz; e por isso se reorienta o controle para

52 Dentro de uma perspectiva eminentemente jurídica do tema, afigura-se simples visualizar e exercer a atividade de controle sobre o a administração pública, porque a presença do ato de concretização da lei possibilita contraste imediato em face de todo um arcabouço legislativo preconcebido (a hipótese), independente das realidades vivenciadas pela Administração e pelo administrador.

53 Conforme Gordillo: “*todos saben que este control existe en doctrina, pero que no tiene verdadera vigencia real en la práctica. Quizás por ello sea, en parte, que muchos esfuerzos se vuelquen a crear controles sustitutos de legalidad en um ámbito distinto al jurisdiccional.*” (GORDILLO, Agustín. El control de las empresas publicas en la America Latina, *Revista de Direito Público*, n. 66, p. 26).

54 De se registrar, com base nas lições de Gianinni, que para a Ciência de Administração a “a figura predileta é o controle de gestão ou de eficiência, vendo-se com desfavor o controle de legalidade e o controle de mérito, porque limitados a atos isolados e, portanto, pouco profundos e com resultados demorados.” (MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 49).

a análise do nível e da forma de cumprimento dos objetivos, medindo os resultados (performances); mas também tendo em conta o nível de cumprimento e o respeito aos valores, princípios e códigos éticos de atuação dos organismos públicos e seus agentes.”⁵⁵

A propósito, é salutar a advertência de Donald Savoie, de que “a administração pública opera em um ambiente político que está sempre na busca de erros e que demonstra níveis extremamente baixos de tolerância com as falhas; no mundo dos negócios não importa muito que você se equivoque 10% do seu tempo, desde que você apresente lucro no final do ano. No governo não importa muito que você esteja certo 90% do seu tempo porque a atenção será dirigida aos 10% de tempo em que você esteve errado.”⁵⁶.

Logo, novas fórmulas e métodos de controle devem ser propostas, partir do reconhecimento de uma relação dinâmica, legítima e concertada entre controladores e controlados, tendo como fundamento a noção de consensualidade: vislumbra-se um controle que, ao invés de reprimir o administrador público a todo momento, estimule-o a tomar decisões acertadas e criativas, desde que no exercício de uma administração legítima e transparente, voltada a capitanear os melhores e mais executáveis interesses societários.

A proposta de implantação do Controle Consensual da Administração Pública surge, portanto, como apta a propiciar a integração entre os novos paradigmas da juridicidade e da Administração Consensual, permitindo que a atividade de controle não se sujeite exclusivamente a uma visão maniqueísta, “crime-castigo”, assumindo contornos de diálogo, na busca da maximização dos objetivos fundamentais e dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

55 ALIDENDE. *Auditoria...* p. XXVI.

56 SAVOIE, Donald J. What is wrong with the new public management? *Canadian Public Administration*, v. 38, n. 1 Spring, p. 112-121.



É que na lógica do controle-sanção não há meio termo: ou a conduta do controlado é conforme as regras e procedimentos ou não é: neste último caso, deve-se penalizar o sujeito, independentemente das circunstâncias práticas por ele vivenciadas na ocasião e das consequências futuras, às vezes negativas para o próprio funcionamento da máquina administrativa.

Obviamente, não se cogita da extinção das formas tradicionais de controle com viés repressivo e sancionatório. Busca-se complementaridade – a utilização de métodos que se insiram no contexto do Direito e da Administração Pública, para revelar tendências controladoras, que estimulem transparência, eficiência, economicidade, eficácia, efetividade.

O embrião dessa proposta apareceu primeiramente em *Novos Rumos para o Controle da Administração Pública: auditorias de gestão e eficiência administrativa* (Tese de doutoramento, UFMG, 2003). Naquela oportunidade, defendeu-se a “contratualização” das relações de controle como medida apta a simplificar caminhos para o melhor atingimento das finalidades a cargo da Administração Pública – e a formalização de ajustes jurídicos, com natureza contratual, para o alcance de dita finalidade.

A ideia fundamental subjacente consistiu na alteração da lógica dos mecanismos de controle, que deixavam de ser visualizados numa vertente estritamente sancionatória, para se afirmar como meio de pacificação negociada das controvérsias na ordem interna, em conformidade com o que preceitua o Preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988⁵⁷. Também no art. 4º, VII, da Constituição que impõe ao Estado Brasileiro, como princípio, buscar a solução pacífica dos conflitos.

57 Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Portanto, há tempos já se compreendia que a concepção da atividade de controle exclusivamente como “controle-sanção” pertenceu ao tempo em que tanto a atividade de administração pública, quanto o ordenamento jurídico buscavam essência no positivismo: a administração seria eficiente e otimizada se cumprisse fidedignamente os procedimentos traçados pelos regulamentos organizacionais, e o Direito restaria respeitado à medida que o Administrador cumprisse à risca os artigos de lei (abstrata e genérica) predispostos pelo Legislador (princípio da legalidade estrita).

Com efeito, após algum anos de história (cerca de 15 anos), mercê de algumas experiências embrionárias – como a dos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC)⁵⁸, previstos no art. 5º, §6º da Lei 7.347/85 (incluído pela Lei 8.078/90), cuja aplicabilidade à Administração Pública ficou bastante restringida por força da interpretação do art. 17, §1º da Lei 8.429/92⁵⁹ –

58 Podemos citar, além dos termos de ajustamento de conduta (TAC), os (a) compromissos de cessação (artigo 85 da Lei 12.529/11), (b) os acordos de leniência (artigo 86 da Lei 12.259/11 e artigo 16 da Lei 12.846/13), (c) os acordos substitutivos das agências reguladoras (por exemplo, artigo 21 da Resolução 63/2004 da Aneel). Ver, a respeito, FERRAZ, Luciano. Acordos de leniência da Lei anticorrupção cumprem diferentes papéis. <http://www.conjur.com.br/2015-jul-23/interesse-publico-acordos-leniencia-lei-anticorruptcao-cumprem-diferentes-papeis>.

59 Art. 17, § 1º “É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.” Essa disposição da Lei 8.429/92 sempre me pareceu inconstitucional. Primeiramente, porque conflitante com o preâmbulo da Constituição (que propõe um compromisso ao Brasil, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica dos conflitos) e com o princípio previsto no artigo 4º, VII da Constituição (que orienta a atuação do Estado brasileiro, na ordem internacional, à solução pacífica dos conflitos). Secundariamente, porque a regra também guarda potencial de confronto, em casos específicos, com os princípios constitucionais da eficiência (artigo 37, caput) e da economicidade (artigo 70), a merecer, no mínimo, interpretação conforme a Constituição. Convém salientar, ainda, que o dispositivo (artigo 17, parágrafo 1º da Lei 8.429/92) somente veda a transação, acordo ou conciliação nas ações, não proibindo iniciativas dessa natureza nos inquéritos civis, o que de certa forma amenizaria a idiossincrasia da disposição. Todavia, na prática o que se viu foi uma tendência reductionista, contrária às técnicas de consenso, a favor sempre da propositura de ações de improbidade administrativa em todo e qualquer caso de discordância, muitas vezes interpretativas, entre os legitimados à ação e o administrador. Sobre o impacto da Lei 13.655/18 sobre o dispositivo, ver FERRAZ, Luciano. LINDB autoriza TAC em ações de improbidade administrativa. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-ago-09/interesse-publico-lindb-autoriza-tac-aco-es-improbidade-administrativa>.



o ordenamento jurídico brasileiro consagrou instrumentos típicos de Controle Consensual da Administração Pública, com destaque para:

- (a) Suspensão do Processo Administrativo Disciplinar (SUSPAD), pioneiramente introduzida no Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Belo Horizonte, pelo art. 6º da Lei Municipal 9.310/06 (art. 225-A)⁶⁰ (Corregedorias Administrativas),⁶¹

60 “Art. 225A- Nas infrações disciplinares, o Corregedor-Geral do Município, no momento da de 1 (um) a 5 (cinco) anos, conforme a gravidade da falta, e desde que o servidor não tenha sido condenado por outra infração disciplinar nos últimos cinco anos. § 1º- Aceita a proposta, o Corregedor-Geral do Município especificará as condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do servidor, incluída a reparação do dano, se houver. § 2º- A suspensão será revogada se, no curso de seu prazo, o beneficiário vier a ser processado por outra falta disciplinar ou se descumprir as condições estabelecidas na forma do § 1º, prosseguindo-se, nestes casos, os procedimentos disciplinares cabíveis. § 3º- Expirado o prazo da suspensão e cumprindo o beneficiário as suas condições, o Corregedor-Geral do Município declarará extinta a punibilidade. § 4º- O beneficiário da SUSPAD fica impedido de gozar o mesmo benefício durante o seu curso e durante o dobro do prazo da suspensão, contado a partir da declaração de extinção da punibilidade, na forma do parágrafo anterior. § 5º- Não correrá prescrição durante o prazo da SUSPAD. § 6º- Não se aplica o benefício previsto no caput deste artigo às infrações disciplinares que correspondam a crimes contra a Administração Pública, a crimes aos quais seja cominada pena mínima igual ou superior a 1 (um) ano, a atos de improbidade administrativa e nos casos de abandono de cargo ou emprego. § 7º- O Prefeito expedirá normas complementares necessárias à aplicação deste dispositivo, inclusive para aplicação da SUSPAD aos procedimentos disciplinares em curso.” Ver sobre o tema: FERRAZ, Luciano. Controle Consensual da Administração e Suspensão do Processo Administrativo Disciplinar. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, n. 4, Ano XXV, 2007; FERRAZ, Luciano. LINDB consagra Controle Consensual da Administração Pública. <https://www.conjur.com.br/2018-jun-07/interesse-publico-lindb-consagra-controle-consensual-administracao-publica>.

61 Outro instrumento com o mesmo perfil é o Termo de Ajustamento Disciplinar do Estado de Minas Gerais, regulamentado pelo Decreto 46.906/15.

- (b) Termos de Ajustamento de Gestão (TAG), previstos em diversas leis orgânicas dos Tribunais de Contas⁶² e no art. 26 da Lei 13.655/18⁶³ (Tribunais de Contas e Controladorias Internas);
- (c) Os Acordos Substitutivos e os Compromissos Processuais, que, sobre estarem fragmentariamente presentes em legislação esparsa, passaram a contar com cláusula geral de aplicação à Administração Pública em todos os níveis,

62 Atualmente, os Tribunais de Contas de Acre, Amapá, Amazonas, Bahia (TCE), Ceará, Espírito Santo, Goiás (TCE e TCM), Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará (TCM), Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro (TCE), Rio Grande do Norte, Rondônia, Roraima, Sergipe e Tocantins contam com essa previsão na respectiva legislação. Sobre a temática, confira-se: FERRAZ, Luciano. Termo de Ajustamento de Gestão e o alerta do art. 59, §1º da Lei de Responsabilidade Fiscal. Dez anos depois. In. CASTRO, Rodrigo Pironte Aguirre de. *Lei de Responsabilidade Fiscal: ensaios em comemoração aos 10 anos da Lei Complementar n. 101/00*. Belo Horizonte: Fórum. 2010. p. 287-294; FERRAZ, Luciano. Termo de Ajustamento de Gestão (TAG): do sonho à realidade. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, Ano 8, nº 31, out/dez. 2010. Ver, também, CUNHA, Daniela Zago. Um breve diagnóstico sobre a utilização dos termos de ajustamento de gestão pelos Tribunais de Contas estaduais. *Revista Interesse Público*, n. 51, 2009. GUEDES, Jefferson Carús. Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública. www.carreirasjuridicas.com.br; BARROSO FILHO, Angerico Alves. Avaliação do Termo de Ajustamento de Gestão como instrumento do controle consensual da Administração Pública. <http://www.abdconst.com.br/revista12/avaliacaoAngerico.pdf>; ARAÚJO, Cláudia Costa; ALVES, Marília Souza Diniz. Termo de Ajustamento de Gestão: resgate do pensamento tópico pelo Direito Administrativo pós-moderno. <http://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1606.pdf>.

63 “Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. § 1º O compromisso referido no caput deste artigo: I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; II - (VETADO); III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento. § 2º (VETADO).”



inclusive nas esferas controladora e judicial (art. 17 da Lei 12.846/16⁶⁴ – referente à inexecução total ou parcial de contratos administrativos – e art. 27 da Lei 13.655/18)⁶⁵.

A criação e o desenvolvimento de métodos consensuais de controle Administração Pública é sem dúvida um caminho importante para a melhoria do desempenho no exercício da atividade administrativa. É certo, como acentua Gordillo, que *“el control existe en la medida em que resulta posible pasar de la detección de la falta de legalidad [...] a acciones correctivas. De no ser así, no se há cumplido el fin perseguido y el problema es más bien de responsabilidad por hecos que resultan irreparables.”*

Mas para tanto é fundamental que se evidencie uma “radicalização” no atendimento ao princípio da publicidade no seio da Administração Pública. Sob os auspícios da era da consensualidade, é consenso de que “não basta promover alterações de estrutura e de funcionamento [...] é preciso mudar a mentalidade dos administradores públicos, para que não mais se considerem os senhores da coisa pública, olímpicamente distanciados dos administrados, como se não tivesse outra obrigação que a de meramente desempenhar as rotinas burocráticas”.⁶⁶

64 Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88. Ver a respeito: FERRAZ, Luciano. Acordos de leniência da Lei anticorrupção cumprem diferentes papéis. <http://www.conjur.com.br/2015-jul-23/interesse-publico-acordos-leniencia-lei-anticorrupcao-cumprem-diferentes-papeis>.

65 “Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos. § 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor. § 2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos.” Sobre o dispositivo, ver: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. FREITAS, Rafael Verás de. A Lei 13.655/2018 e os novos paradigmas para os acordos substitutivos. <https://www.conjur.com.br/2018-mai-11/opiniao-lindb-paradigmas-acordos-substitutivos>.

66 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 34

6. Conclusão

A teoria do conhecimento – que cuida das relações entre sujeito cognoscente e objeto a ser conhecido – se tem dirigido à utilização de metodologia interdisciplinar ou transdisciplinar, interagindo diversos objetos e campos do saber numa perspectiva sistêmica.

É a partir dessa integração que o estudioso da Administração Pública – em particular do Direito Administrativo – necessita se libertar da pirâmide normativa, do dogmatismo, para trabalhar a compreensão de sua serventia, numa análise ampliada, que se utilize da conexão do seu objeto (as normas jurídicas) com outros domínios do conhecimento.

Convém verificar a íntima ligação existente entre o Direito Administrativo e a Ciência da Administração (Pública), porquanto ambos se dedicam ao estudo do fenômeno administrativo público. Pode-se mesmo afirmar que Direito Administrativo e Ciência de Administração, nascidos qual irmãos siameses, terminaram por seguir percursos diferentes, buscando agora uma reaproximação.

O Direito Administrativo revelou-se como produto da necessidade de se estipularem limites ao próprio Estado, mercê dos princípios da legalidade e da separação dos poderes, como decorrência da Revolução Francesa. A Ciência da Administração desenvolveu-se impulsionada pela Revolução Industrial, subjacente à necessidade de substituir métodos experimentados nas relações de produção, na busca de maior eficiência – a manufatura pelo instrumento; o escravo pelo assalariado; o empirismo pela técnica.

Na Europa, a atividade de Administração Pública foi durante muito tempo vista em perspectiva jurídica, visualizada como um ato administrativo de aplicação oficiosa da lei. Essa redução de sentido dominou a cena do Século XX, encontrando na burocracia weberiana campo fértil para um típico compartilhamento cognitivo.



No âmbito da Ciência da Administração, as falhas no modelo organizacional de Max Weber deram ensejo a novas ideias: preconizava-se que a administração não deveria ser analisada dentro de uma camisa de força normativa, senão em contato direto com o ambiente circundante.

Com efeito, na perspectiva de um Estado Democrático de Direito, a Administração Pública não mais se representa como pirâmide fechada, à moda do ‘bonapartismo’. A atividade de administração pública não deve ser reconduzida ao cumprimento automático de regras preestabelecidas pelo legislador; o Direito Administrativo, na perspectiva do constitucionalismo contemporâneo, não se limita ao aspecto lógico-formal típico do positivismo clássico.

A perspectiva que se projeta, tanto ao nível do Direito, quanto ao nível da organização administrativa, é a superação da rigidez lógico-formal. A modernidade anuncia a administração consensual, que se propõe a complementar – não a substituir – a burocracia.

O Direito Administrativo evolui e, via de consequência, os institutos que consagra – entre os quais a atividade de controle: a noção da atividade de controle lastreada pelos paradigmas do Estado liberal (princípio da legalidade e ato administrativo) não prevalece incólume na perspectiva contemporânea, em que seu exercício e seus instrumentos devem ser vistos como meios para o alcance de eficiência administrativa.

Nesse passo é que reside a proposta de estabelecimento de métodos de Controle Consensual da Administração Pública, afinados à Administração Pública Consensual – e que se desenvolvem em decorrência dos paradigmas contemporâneos da Administração Pública – consensualidade e juridicidade. Novos instrumentos como os Termos de Ajustamento, Acor-

dos Substitutivos e Acordos processuais são introduzidos no âmbito da legislação brasileira, a comprovar a tendência já anunciada há tempos.

A previsão dos instrumentos de controle consensual no ordenamento jurídico é salutar, porém não exauriente. Os caminhos da verdadeira reforma pouco se relacionam com novos métodos. Relacionam-se mais com a transformação cultural do setor público, com o processo educacional e orientador, com a radicalização do princípio da transparência (publicidade), “cada centavo dos recursos públicos aplicados, efetivamente, sob inspiração ética” (Paulo Neves de Carvalho).⁶⁷

7. Referências Bibliográficas

ALFARO, Normam José Solórzano. Notas para una crítica del principio da legalidade, *Revista Crítica Jurídica*, n. 19, jul./dez., 2001.

ALIENDE, José Manuel Canales; ÁLVARES, José Manuel Rodrigues. *Estudio preliminar a la obra Auditoría de gestión y modernización de la administración*. Madrid: Boletim Oficial do Estado, 1999.

BARRAZA, Javier Indalecio. SCHAFRIK, Fabiana Haydeé. *El control de la administración pública*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

BARROSO. Luiz Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Interesse público*, n. 11, 2001.

67 A frase foi utilizada por CARVALHO, Paulo Neves de. Prefácio à obra de FERRAZ, Luciano. *Controle da administração pública: elementos para a compreensão dos Tribunais de Contas*, Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.



BARZELAY, Michael. *Atravessando la burocracia: una nueva perspectiva de la administración pública*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

BHEN, Robert. O novo paradigma da gestão pública e a busca da *accountability* democrática, *Revista do Serviço Público*, n. 4, out./dez., 1998.

BITENCOURT NETO, Eurico. Administração Pública Concertada. In: GOMES, Carla Amado. NEVES, Ana Fernanda. BITENCOURT NETO, Eurico. *A Prevenção da corrupção e outros desafios da Boa Governanças na Administração* (Coord.), Instituto de Ciências Jurídico-Políticas: Lisboa, 2018. Disponível em <http://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/15804/view>.

BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e da Administração Pública no século XXI. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 289-302, jan./abr. 2017.

BOBBIO. *Positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito*, São Paulo: Ícone. 2006.

BRITO, Edvaldo Pereira de. A atuação do Estado no domínio econômico. In: Ives Gandra Martins (Coord.). *Desafios do Século XXI*. São Paulo: Pioneira, 2000.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra, 1991.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed., Coimbra: Almedina, 1999.

CASSESE, Sabino. *Las bases del derecho administrativo*, Madrid: MAP, 1994.

CENSIO, Jorge Silva. El control de la administración. *Revista de Direito Público*, n. 39-40. jul./dez., 1976.

CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à teoria geral da administração*, 3. ed., São Paulo: McGraw-Hill, 1983.

_____. *Teoria geral da administração*. São Paulo: MacGraw-Hill, 1979, v. 1.

CUESTA, Rafael de Entrena. *Curso de derecho administrativo*. 11. ed. Madrid: Tecnos, 1995. v. 1.

DALLARI, Adilson; FERRAZ, Sérgio. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

DEODATO, Alberto. *Manual de ciência das finanças*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1961.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “500 anos de Direito Administrativo Brasileiro”, *Revista Diálogo Jurídico*, n. 10, jan. 2002.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000.

FAYOL, Henry. *Administração industrial e geral*. 10. ed., São Paulo: Atlas, 1994.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunal de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

FERRAZ, Luciano. *Controle da administração pública: elementos para a compreensão dos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

FERRAZ, Sérgio. O controle da administração pública na Constituição de 1988, *Revista de Direito Administrativo*, abr./jun., 1992.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O poder e seu controle. *Revista de informação legislativa*, v. 21, out./dez, 1984.



FORSTHOFF, Ernest. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997.

GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GIANNINI, Massimo Severo. *Derecho administrativo*. Madrid: MAP, 1991.

GOMES, Carla Amado. O Dom da Ubiquidade Administrativa: reflexões sobre a atividade administrativa informal. *Textos Dispersos de Direito Administrativo*, Lisboa: AAFDL, 2013.

GORDILLO, Agustín. *Problemas del control de la administración pública en América Latina*. Madrid: Civitas, 1981.

_____. El control de las empresas publicas en la America Latina. *Revista de Direito Público*. n. 66

GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GUSTIN, Miracy Barbosa S. e DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Curso de iniciação à pesquisa jurídica e à elaboração de projetos de pesquisa: orientações básicas*, Belo Horizonte: UFMG, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1995.

KLIKSBERG, Bernardo. El rediseño del Estado para el desarrollo socio-económico y el cambio: una agenda estratégica para la discusión, *Revista del CLAD Reforma y Democracia*. n. 2, 1994.

KWASNICKA, Eunice Lacava. *Teoria geral da administração*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1991.

LODI, João Bosco. *História da administração*. São Paulo: Pioneira, 1971.

LOWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitution*. Barcelona: Ariel, 1964.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, p. 29.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. *Revista Diálogo Jurídico*, Ano I, n.º 2, Maio de 2001, www.direitopublico.com.br.

_____. Participação popular na administração pública: mecanismos de operacionalização. *Revista Diálogo Jurídico*, Ano I, v. I, n. 7, out. 2001.

MONTESQUIEU, Charels de Secondat, Baron de. *Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.



MOSHER, Frederick; CIMMINO, Salvatore. *Ciencia de la administración*, Madrid: Rialp, 1961.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. Schwanka, Cristiane. A Administração Consensual como nova face da Administração Pública no Séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. V. 104. Jan./dez. 2009.

PALMA, Juliana Bonarcosi de. Atuação Administrativa Consensual: estudos dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. *Dissertação de Mestrado*. São Paulo: USP, 2010. Acessível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112011-141226/pt-br.php>.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A Reforma gerencial do Estado de 1995. *Revista de Administração Pública*, jul./ago., 2000.

PEREIRA, Paulolinto; VARELA, Patrícia Siqueira. Controle social do orçamento-programa: um enfoque à administração pública municipal. *Revista Contabilidade Vista e Revista*, n. 11, dez. 2000.

PONDÉ, Lafayette. Controle dos atos da administração pública. *Revista de Direito Administrativo*. n. 212, abr./jun., 1998.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*, Coimbra: Almedina, 1981.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SHAFRITZ, Jay. HYDE, Albert. *Clássicos de la administración pública*. México: Fundo de Cultura Econômica, 1999.

SILVA, Vasco Manuel Pereira. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1996.

_____. *Para um Contencioso Administrativo dos Particulares*, Coimbra: Almedina, 1997, p. 41.

SOUTO, Marco Juruena Villela. A era da consensualidade e o Ministério Público. In: RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (Org.) *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*, São Paulo: Atlas, 2010.

SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. *O princípio da separação de poderes e os novos movimentos sociais: a administração pública no Estado moderno: entre as exigências de liberdade e organização*. Almedina: Coimbra, 1995.

WALD, Arnold. Novas tendências do direito administrativo: flexibilidade no mundo da incerteza. *Revista de Direito Administrativo*, n. 202, out./dez., 1995.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. 3. ed., Brasília: UNB, 1994, v. 1.



Para além do controle repressivo da Administração Pública

PEDRO DE MENEZES NIEBUHR

Resumo:

O presente artigo identifica possíveis fragilidades do modelo de controle repressivo no que toca a redução de casos de inconformidades administrativas. Dentre elas, a dificuldade de estabelecer relação causal entre o recrudescimento da repressão e a dissuasão da prática de inconformidades. A partir do reconhecimento da multa como a principal modalidade de sanção administrativa, cogita-se a possibilidade de sua precificação pelo agente na avaliação do custo/benefício da adoção de comportamento desconforme. Além disso, uma vez aplicada sanção pecuniária e não tendo sido paga espontaneamente pelo agente, sua cobrança judicial é custosa e demorada. Defende-se a ideia de que o controle repressivo pode não ser apto, por esses e outros fatores, a provocar a redução dos casos de inconformidades administrativas. O

1 Professor dos Programas de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Contacto: pedro.n@ufsc.br

controle repressivo deve ser articulado com outras formas de controle prévio e consensual, quando viável, modalidades que estão em melhores condições para provocar efetiva mudança de comportamento e desestímulo ao comportamento faltoso. Como exemplo, refere-se à melhoria da regulação, ao *compliance* e a possibilidade de assinatura de termo de compromisso para correção de irregularidades.

Palavras-chave: Controle administrativo. Controle repressivo. Controle preventivo. Controle consensual. Irregularidades administrativas.

Abstract

The present article identifies possible fragilities of the repressive control model in relation to the reduction of cases of administrative nonconformities. Among them, the difficulty of establishing a causal relationship between the intensification of repression and the deterrence of the practice of nonconformities. From the recognition of the fine as the main modality of administrative sanction, it is considered the possibility of its pricing by the agent in the evaluation of the cost / benefit of the adoption of non-conforming behavior. In addition, once a pecuniary sanction has been imposed and has not been paid spontaneously by the agent, the judicial collection is costly and time consuming. It is defended the idea that the repressive control may not be able, by these and other factors, to cause the reduction of the cases of administrative nonconformities. The repressive control must be articulated with other forms of prior and consensual control, when feasible, modalities that are in better conditions to provoke effective behavior change and discouragement to the faulty behavior. As an example, the article refers to the



improvement of regulation, compliance and the possibility of signing an agreement term to correct irregularities.

Keywords: *Administrative control. Control repressive. Preventive control. Consensual control. Administrative Irregularities.*

Índice:

1. Introdução; 2. Colocando em cheque a finalidade do controle repressivo enquanto elemento dissuasor de condutas indesejadas; 2.1. Efeito dissuasor de tipos penais; 2.2. Efeito dissuasor das sanções pecuniárias; 2.3. Os fatores custo e tempo do controle repressivo; 2.4. O quadro final; 3. A solução defendida na agenda de combate à corrupção; 4. Para além do controle repressivo da Administração Pública; 4.1. O papel da lei e do regulamento na prevenção de desconformidades; 4.2. *Compliance* como meio de detecção e correção de inconformidades no âmbito privado; 4.3. Termo de compromisso para eliminação de irregularidades; 5. Considerações finais

1. Introdução

A atividade de controle da Administração Pública envolve, entre outros aspectos, a detecção de inconformidades na ação administrativa. As inconformidades suscetíveis de controle, por sua vez, dão-se tanto sob o ponto de vista de legalidade quanto de mérito da solução administrativa. Essas

inconformidades podem se referir a questões de menor ou maior grau de intensidade, provocadas por condutas não intencionais ou intencionais.

Também é recorrente se referir ao controle como ação posterior ao fato. O controle sucessivo ou posterior atua depois, visa corrigir ou aplicar a consequência prevista no ordenamento para a conduta irregular. Nesse tipo de atuação, posterior ou repressiva, determina-se a anulação de atos e contratos, imputa-se a responsabilidade a agentes públicos e privados, aplicam-se sanções, entre outras providências. Em muitos casos, no exercício desta espécie de controle são impostas consequências penais e políticas, inclusive.

O controle repressivo da Administração Pública, que age depois, para corrigir ou aplicar sanção ao comportamento reputado desconforme, tem ganhado, nos últimos anos, atenção e prestígio ímpar no Brasil. Muitos creditam à atividade de controle repressivo, e às instâncias e pessoas que a exercem, o sucesso na descoberta e interrupção de casos de corrupção que chocam pela magnitude e capilaridade no sistema de poder.

A mídia, a sociedade e parcela relevante do meio jurídico aplaudem a atuação dos Tribunais de Contas, Polícia, Ministério Público e Judiciário nessa seara, em operações de repressão a irregularidades, notadamente àquelas relacionadas com desvios de recursos públicos. Para muitos, há a convicção de que o modo pelo qual pode ser revertida uma possível corrupção endêmica, culturalmente enraizada na nossa prática político-administrativa, repousa numa resposta rápida, dura e exemplar para ditas irregularidades.

Ainda na visão de muitos, as respostas rápidas, duras e exemplares para irregularidades administrativas não parecem suficientes para resol-



ver o problema da corrupção no país. Advoga-se, também, a concepção de medidas tendentes a facilitar a ação dos controladores; encurtar ainda mais os caminhos para o resultado (repressão), caminho que muitas vezes é atrapalhado, nessa perspectiva, pelas garantias individuais dos acusados. Essa seria a fórmula, propagada por alguns e tida por muitos como, senão a única, (pelo menos) a ideal para se alcançar o resultado pretendido, de evitar desvios na Administração Pública.

A questão que se coloca é saber se a aposta no controle repressivo da Administração Pública, de fato, é adequada (ou a mais adequada) para resolver o problema em questão. A hipótese que se trabalha é que a agenda que coloca em evidência preponderante o controle repressivo da Administração Pública pode, eventualmente, não alcançar os resultados esperados, especialmente de redução dos casos de desvios ou irregularidades na Administração Pública. A agenda repressiva deve ser articulada a instrumentos de controle prévio e consensuais, eventualmente mais adequados para orientar a mudança de comportamentos e desestimular a ocorrência de desconformidades.

2. Colocando em cheque a finalidade do controle repressivo enquanto elemento dissuasor de condutas indesejadas

O sistema de controle repressivo no Brasil é, essencialmente, centrado na aplicação de sanção ao comportamento desconforme. Tradicionalmente, a sanção (principalmente penal) teria duplo efeito: o aflitivo, de reprimir, castigar o autor/partícipe do comportamento ilícito;

e o dissuasor, de desestímulo para reiteração da conduta indesejada.² Essa dissuasão pode ser específica (para o autor daquele comportamento) ou genérica (para as demais pessoas), para evitar com que a conduta indesejada seja retomada.³

No âmbito administrativo, a sanção enquanto resultado do controle repressivo visa reproduzir esses mesmos efeitos.⁴ A questão é saber se, no âmbito do controle administrativo, a repressão de fato é apta a provocar a redução dos eventos de inconformidades. Trata-se de uma pergunta central na compreensão do sistema de controle brasileiro, porque, eventualmente, se através do manejo de controle repressivo – no qual se aplica um castigo esperando que isso desestime a prática de comportamentos similares pelos demais – não se alcança resultado concreto na redução dos casos de desvios, pelo menos tal qual esperado, a sociedade poderia indagar se vale a pena insistir na punição, apenas por punir, ou se outras estratégias devem ser articuladas para um mais adequado enfrentamento do problema.

2 É a noção difundida no âmbito dos criminalistas: “Assim, de acordo com nossa legislação penal, entendemos que a pena deve reprovar o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais.” (GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 4^a ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, v.1, 2011. p.473).

3 Ainda do Direito Penal colhe-se: “A pena serve a uma dupla prevenção: a geral e a especial. Prevenção geral porque a intimidação que se supõe alcançar através da ameaça da pena surte efeitos em todos os membros da coletividade, atemorizando os virtuais infratores. Prevenção especial porque atua sobre a consciência do infrator da lei penal, fazendo o medir o mal que praticou, inibindo-o, através do sofrimento que lhe é inerente, a cometer novos delitos” (BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 62).

4 “As sanções administrativas apresentam configuração próxima às sanções de natureza penal, sujeitando-se a regime jurídico senão idêntico, ao menos semelhante” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 519).



2.1. Efeito dissuasor de tipos penais

Essa questão, do efeito dissuasor de condutas ilícitas, é bastante tratada no âmbito da Teoria Econômica do Crime e correlatos.⁵ Apesar de frequentemente se buscar associar o recrudescimento da repressão à redução de crimes⁶, análises recentes denunciam a escassez de dados empíricos aptos a estabelecer uma relação causal entre a expectativa de punição e o desestímulo dos agentes em praticar uma conduta ilícita; na mesma ótica, o efeito que eventual agravamento de punição provocaria nos indicadores e índices de ilícitos.⁷ Não se desconsidera a possibilidade de efetiva constatação dessa relação causal⁸; o que se pondera é que muitas vezes essa relação é construída sem adequado rigor empírico, desconsiderando a complexidade e os inúmeros fatores que podem determinar a variação nos indicadores.

No Brasil, a experiência tem relevado que o desenho de políticas públicas, notadamente a criação e a alteração da legislação criminal

5 A origem da Teoria Econômica do Crime é creditada a Gary Becker. Para Becker, o crime é resultado de um balanço entre os custos e os benefícios de um ato ilegal, em BECKER, G. Crime and Punishment: An Economic Approach, *Journal of Political Economy*, 1968, 169-217. Disponível em: <<http://www.pgge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/ead/becker-1968.pdf>>, acesso em 12 de fevereiro de 2019.

6 Por exemplo: NADANOVSKY, Paulo. O aumento no encarceramento e a redução nos homicídios em São Paulo, Brasil, entre 1996 e 2005. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 25, p. 1859-1864, 2009.

7 Vide Chalfin, Aaron; MCCRARY, Justin. Criminal Deterrence: A Review of the Literature. *Journal of Economic Literature*, v. 55, n. 1, p. 5-48, 2017.

8 Brian Bell, Laura Jaitman e Stephen Machin mostram evidências de que a aplicação de sanções mais severas aos acusados de tumultos em Londres, em 2011, foi imediatamente acompanhada de uma queda nos casos similares no período subsequente, acompanhado de um aumento de outros tipos de crimes (BELL, Brian; JAITMAN, Laura; MACHIN, Stephen. Crime deterrence: Evidence from the London 2011 riots. *The Economic Journal*, v. 124, n. 576, p. 480-506, 2014).

nessa seara, também tangencia a avaliação empírica sobre a eficácia do recrudescimento da repressão. Alguns dados brutos, no entanto, mostram que, em matéria criminal, o agravamento das penas e a criação de novos tipos penais não foram acompanhados da redução dos crimes; pelo contrário, seguiu-se uma elevação no número de casos que se pretendia, justamente, dissuadir.

Fabiana Bento e Ana Carolina Penky mencionam o caso do homicídio qualificado:

A Lei dos Crimes Hediondos foi aprovada na década de 90, pouco mais de um mês após a apresentação do projeto, sem o cuidado que o tema exigia. Quatro anos depois, a lei sofreu alteração, e o homicídio qualificado passou a integrar o rol dos crimes hediondos, por força da Lei nº 8.930/1994. Contudo, diferente do que fora imaginado pelo legislador, os homicídios não se tornaram menos numerosos desde então. Em 10 anos, o Brasil assistiu a um crescimento de 67% em suas mortes violentas intencionais: foram 51.043 óbitos em 2003, contra 30.610 em 1993.⁹

O mesmo fenômeno aconteceu, aparentemente, com o crime de feminicídio. Reportagem do jornal Correio Braziliense relata que, no Distrito Federal, desde 2015, ano em que o tipo penal foi criado, o número de casos só aumentou; em agosto de 2018 já tinha superado o número total

9 BENTO, Fabiana; PENKY, Ana Carolina. **Por que endurecer a pena não reduz crimes?** <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/por-que-endurecer-pena-nao-reduz-crimes-27072016>. Acesso em 8 de fevereiro de 2019.



de 2017.¹⁰ Não foi, portanto, a previsão de que a repressão seria mais intensa que levou as pessoas a deixarem de cometer esse tipo de crime.

2.2. Efeito dissuasor das sanções pecuniárias

A mesma complexidade apontada nos crimes pode ser transplantada para as sanções administrativas, do qual a multa (sanção pecuniária) é uma das principais espécies.¹¹

Em “*A fine is a price*”, Uri Gneezy e Aldo Rustichini colocam em dúvida a aptidão de as multas (estabelecidas no âmbito de relações privadas) desestimularem comportamentos indesejados.¹²

Uri Gneezy e Aldo Rustichini trabalham com o seguinte exemplo hipotético: o que um proprietário de uma creche poderia fazer para reduzir as ocorrências de atraso, por parte dos pais, em buscar seus filhos na creche. Uma opção intuitiva seria introduzir uma multa, na expectativa de que isso desencorajasse os pais a chegarem tarde para buscar seus filhos. O experimento empírico que se segue analisa o comportamento de fato ocorrente quando essa solução, a multa, é implantada.

A hipótese inicial é baseada em conclusões aceitas tanto na psicologia (um dos pontos de convergência da bibliografia nesta área seria de que “*When negative consequences are imposed on a behavior, they will*

10 Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2018/09/01/interna_cidadesdf,703281/numero-de-feminicidios-em-2018-ja-e-maior-do-que-em-2017.shtml>. Acesso em 8 de fevereiro de 2019.

11 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 887.

12 GNEEZY, Uri; RUSTICHINI, Aldo. A fine is a price. **The Journal of Legal Studies**, v. 29, n. 1, p. 1-17, 2000.

produce a reduction of that particular response”, entre outras conclusões) quanto no Direito, no campo da teoria da dissuasão (“In the field of legal studies the deterrence theory justifies punishment as deterring future crimes on the assumption that a higher expected punishment produces lower levels of criminal behavior”).¹³

Os autores acompanharam dez creches. Em seis delas, executaram o experimento, e outras quatro formaram o grupo de controle, para comparação do comportamento. Nas seis escolas, observou-se o tempo que os pais se atrasavam para buscar seus filhos na escola. A partir do primeiro mês, foi estipulada uma multa pelo atraso dos pais, algo não muito caro, mas também não insignificante. O que se esperava, com a previsão da multa, era que o número de atrasos caísse. Na prática ocorreu o contrário: o número mais que duplicou em algumas dessas escolas, enquanto permanecia estável no grupo de controle.

Uri Gneezy e Aldo Rustichini se propõem a analisar esses dados e fornecer uma explicação plausível para esse comportamento. Fazem-no com recurso à teoria dos jogos, à teoria do contrato incompleto e à teoria da norma social. Independente da explicação para o ocorrido, fato é que esse mesmo fenômeno poderia ser traduzido para o âmbito administrativo. É o que os autores concluem:

We believe this is important, because there is no reason to believe that this effect is limited to minor faults, such as a delay in the time of picking up one’s child. For instance, the announcement of a government that tax evasions are

¹³ GNEEZY, Uri; RUSTICHINI, Aldo. A fine is a price. **The Journal of Legal Studies**, v. 29, n. 1, p. 1-17, 2000.



going to be more severely pursued may be interpreted in different ways, and have a different effect, than the anticipated increased compliance.¹⁴

No relacionamento de particulares com o Poder Público, por exemplo, a sanção-multa poderia ser “precificada”. E, a depender do preço, o desestímulo para conduta desconforme desaparece.

Coloca-se em dúvida, com ditas análises (superficiais, admite-se), o re-
crudescimento do controle repressivo como a melhor forma de desencorajar eventos de irregularidade. Como anota Antonio García-Pablos de Molina:

Investigações realizadas sobre a efetividade do castigo, demonstram que o denominado “mecanismo dissuasório” é muito mais complexo do que se imaginava. De fato, os modelos teóricos de que se utiliza a moderna Psicologia enriquecem a equação “estímulo/resposta”, intercalando outras muitas variáveis. Dito de outra maneira, a maior ou menor eficácia contramotivadora ou dissuasória da pena não depende só nem fundamentalmente de sua severidade, senão de outras muitas variáveis; sobretudo, de como são percebidas e valoradas pelo infrator potencial.¹⁵

Se o aumento da repressão não provoca diminuição dos casos de comportamentos desconformes, é pertinente refletir sobre outras formas de

14 GNEEZY, Uri; RUSTICHINI, Aldo. A fine is a price. *The Journal of Legal Studies*, v. 29, n. 1, p. 1-17, 2000.

15 MOLINA, Antonio García-Pablos de. Momento atual de reflexão criminológica. FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza. *Doutrinas essenciais—direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6, p. 581-602, 2010.

enfrentamento do problema dos desvios e irregularidades no âmbito da Administração Pública. “A mera repressão chega sempre demasiado tarde e não incide diretamente nas bases últimas do fato delitivo”.¹⁶

2.3. Os fatores custo e tempo do controle repressivo

Como dito, a principal espécie de sanção administrativa é a multa. A multa, uma vez não paga, deve ser executada judicialmente pela Administração Pública. No entanto, o tempo e custo para cobrar uma multa podem ser significativos. O Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA) editou um Relatório de Pesquisa sobre o custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal que veicula esses indicadores (refere-se, nesta abordagem, ao Relatório de 2011).¹⁷

O estudo leva em consideração o fator tempo, a mão de obra utilizada (magistrados e servidores da Justiça Federal), o número de processos baixados em determinado período, entre outras variáveis. A análise mostrou que só três quintos dos processos de execução fiscal vencem a etapa de citação. Destes, vinte e cinco por cento chegam à penhora, mas somente uma sexta parte das penhoras resulta em leilão. Um Processo Executivo Médio dura mais de oito anos, ao custo médio de aproximadamente R\$ 4.300,00.

Pode ser, portanto, demasiadamente caro e demorado executar uma multa administrativa.

16 MOLINA, Antonio García-Pablos de. Momento atual de reflexão criminológica. FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza. **Doutrinas essenciais—direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6, p. 581-602, 2010.

17 INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal**: relatório de pesquisa. Brasília: IPEA, CNJ, 2011.



2.4. O quadro final

Tem-se, então, o seguinte quadro. Há um problema relevante, que são os desvios praticados na Administração Pública. Como correção de tais inconformidades, intuitivamente costuma-se advogar pelo endurecimento do controle repressivo. A despeito de análises em sentido contrário, existem contundentes evidências de que a finalidade dissuasória da sanção – sanção que é o resultado desse controle repressivo – não é alcançada. A sanção, ou o incremento de sua celeridade e severidade, pode não ser suficiente para desencorajar as pessoas de adotarem o comportamento desconforme.

Em se tratando de multa, a principal espécie de sanção administrativa, outros estudos colocam em perspectiva sua aptidão para desestimular comportamentos; a depender das circunstâncias, ela pode ser precificada pelos agentes na avaliação do custo *versus* benefício. Mais que isso, uma vez aplicada a sanção, sua efetividade depende ainda de inúmeros fatores, como tempo de um processo de execução judicial e custo.

3. A solução defendida na agenda de combate à corrupção

Os elementos colhidos até aqui indicam que, em tese, uma escolha ponderada, refletida, sobre as formas de evitar inconformidades no âmbito da Administração Pública, pouco provavelmente seria centralizada no controle repressivo, sancionatório.

Na prática, vê-se movimento em sentido contrário. Toma-se, por exemplo, as “dez medidas de combate à corrupção”, coordenadas pelo Ministé-

rio Público Federal e que tramitam no Congresso Nacional. Dentre as dez medidas (a rigor, cada medida contém um pacote de outras medidas diversas) que se propõem a resolver o problema da corrupção, apenas a primeira teria natureza preventiva, intitulada “investimento em prevenção”.¹⁸ As medidas propostas nesse tópico vão desde a *accountabilty* das ações dos órgãos de controle, a definição de limites percentuais dos gastos com marketing e publicidade e o sigilo da fonte que der causa à investigação, entre outras. No pacote está incluído, também, o controvertido teste de integridade, cujos resultados poderão ser usados para fins disciplinares, bem como para a instrução de ações cíveis, inclusive a de improbidade administrativa, e criminais (para finalidades repressivas, portanto).

Depois da primeira medida, todas as demais são diretamente relacionadas ao controle repressivo. Criminalização do enriquecimento ilícito, transformação da corrupção em crime hediondo, revisão e redução dos prazos de recursos e de pedido de vistas, execução das penas antes do trânsito em julgado e prisão antecipada para evitar dissipação do dinheiro, celeridade na apuração de improbidade, alargamento da prescrição, abrandamento de nulidades penais, admissão de prova antes consideradas ilícitas, criminalização do caixa dois, todas medidas voltadas para a tônica da facilitação do sancionamento.

É mais que possível, é provável, que as ações não surtam os efeitos esperados de redução dos casos de corrupção. Essas iniciativas – muitas positivas, outras de constitucionalidade duvidosa – devem ser articuladas com outras, voltadas a prevenir a prática de desconformidades.

18 Disponível em <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/>>, acesso em 12 de fevereiro de 2019.



4. Para além do controle repressivo da Administração Pública

Não se trata de negar o controle repressivo como resposta ao comportamento desconforme, sobretudo de abdicar a possibilidade do sancionamento do comportamento desidioso ou doloso. O ponto é que o sancionamento é custoso; depois de um certo nível de expectativa de punição, seu recrudescimento não desestimula condutas; a sanção não ataca a origem do problema, que são as causas que levaram a adoção do comportamento desconforme.

A repressão não deve ser a “bala de prata” na redução de irregularidades no âmbito administrativo, mas deve ser articulada com outras formas de controle preventivo, tendentes a evitar que a irregularidade ocorra, e a formas consensuais de correção da desconformidade, quando possível.

Menciona-se, para ilustrar o argumento, três frentes de atuação nesse sentido.

4.1. O papel da lei e do regulamento na prevenção de desconformidades

A primeira alternativa ao controle repressivo é valorizar o papel que a própria lei (aqui tratada como regulação em sentido amplo) exerce como forma de prevenir desvios e irregularidades. A exigência de que a Administração Pública siga um procedimento pré-determinado em leis ou regulamentos visa estabelecer um caminho de ação garantidor, pelo menos do ponto de vista formal, da isonomia e impessoalidade administrativas. Essa é a intenção, por exemplo, em se estipular procedimentos para concessão de licenças e autorizações administrativas, normas de licitação, concurso público, entre outros.

Ocorre, não obstante, que apesar de a finalidade última da lei ser assegurar a lisura do comportamento administrativo, um cenário regulatório inadequado pode contribuir para provocar, justamente, o resultado que se pretende evitar. Estudos demonstram que regiões com maior regulação apresentam níveis de corrupção mais elevados. O contexto regulatório, muitas vezes por ser mais complexo, burocratizado e moroso, torna o agente econômico mais propenso ao pagamento de propinas.¹⁹

A regulação da atividade administrativa e privada deve, portanto, ser inteligente e eficiente, o que envolve quatro pressupostos: simplificação, racionalização, procedimentalização e transparência.

Se maior regulação pode elevar os casos de desvios, é necessário, inicialmente, simplificar o *framework* regulatório. Isso envolve a avaliação criteriosa de todo o conjunto de normas incidentes sobre determinada realidade, a fim de identificar quais regulamentos podem ser eliminados, quais podem ser simplificados e quais exigem maior efetividade.

A produção de regras jurídicas não deve ser feita de forma aleatória, intuitiva. Deve-se evitar a intervenção ilógica, abusiva e arbitrária da regulação. Convém prestigiar a boa-técnica, o que implica avaliação rigorosa sobre custos e benefícios de determinada medida, preferencialmente baseada na ciência estatística ou na economia comportamental. A criação de leis ou regulamentos deve, quando possível, ser precedida da avaliação de impacto legislativo ou impacto regulatório.

19 Vide: KNACK, Stephen; KEEFER, Philip. **Institutions and economic performance: Cross-country tests using alternative institutional measures.** In: Economics and Politics vol. 7, 1995, p. 207-227.

CLARKE, George R.G. **Does Over-Regulation Lead to Corruption?** College Station: Texas A&M International University, 2014.



Também, a produção de regulação, em todos seus níveis, deve ser aberta, dialógica, visando à maior quantidade possível de informação antes da tomada de decisão. Os atores ou possíveis afetados pela norma devem ser chamados a participar de sua elaboração, de forma a contribuir para a produção de uma decisão mais bem informada, que conhecendo os interesses em jogo, pondera-os (pelo menos potencialmente) da melhor forma.

Por fim, a regulação deve alinhar-se aos pressupostos de transparência. Isso envolve a maior abertura possível da informação, inclusive no que toca à atividade dos grupos de pressão que, na defesa de seus interesses, tenham participado da construção de decisões.

Em tese, regulação de melhor qualidade pode reduzir espaços e diminuir os incentivos para desvios.

4.2. Compliance como meio de detecção e correção de inconformidades no âmbito privado

Compliance significa o conjunto de ações que se prestam a assegurar o “dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir leis, diretrizes, regulamentos internos e externos, buscando mitigar o risco atrelado à reputação do risco legal/regulatório”.²⁰

As iniciativas de *compliance* (ou programas de conformidade) no âmbito de organizações (notadamente privadas) passaram, recentemente, a receber estímulo por parte do ordenamento jurídico. A Lei nº12.846/13 (Lei Anticorrupção) prevê o abrandamento de sanções nos casos em que

20 COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. **Manual de compliance:** preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010. p. 2.

a organização possuir mecanismos preventivos de controle interno. A implantação de programa de *compliance* foi alçada pela lei à requisito para celebração de acordos de leniência. Além do mais, a existência de programa de *compliance* pode afastar a culpabilidade de dirigentes da empresa em ocorrências de desvios.

Como aponta Fernanda Santos Schramm:

Nesse ponto específico, a legislação ostenta nítido caráter preventivo, incentivando a adoção de mecanismos de autorregulação no âmbito das empresas, em consonância com as premissas adotadas pelos instrumentos internacionais de combate à corrupção. A intenção é que as próprias empresas se tornem responsáveis por conter comportamentos censurados, fiscalizar a ocorrência de práticas de corrupção e sancionar internamente os ilícitos apurados.

Diante disso, o compliance adquire relevo especial por traduzir – ao menos em tese - comprometimento ético das empresas e a intenção de atuar em conformidade com o ordenamento jurídico, por meio da adoção de um Código de Conduta, da criação de mecanismos de persecução destinados às hipóteses de descumprimento do código, da constante análise dos riscos e da eficácia do programa implantado.²¹

A indução, por parte do Estado, para que as organizações privadas implementem programas de conformidade visa à criação de mecanismos

21 SCHRAMM, Fernanda Santos. **O *compliance* como instrumento de combate à corrupção no âmbito das contratações públicas.** Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2018, p. 113.



que possibilitem coibir, detectar e corrigir comportamentos desconformes, inaugurando uma nova frente de atuação contra a ocorrência de irregularidades no trato destas organizações com a Administração Pública.

Os programas de *compliance* podem (e devem) responder positivamente a comportamentos desejáveis, prevendo mecanismos de incentivo à atuação conforme, à recusa da prática de atos ilícitos. Ao agir desta forma, estimulando e premiando o comportamento lícito, a empresa privada rompe eventual ciclo vicioso – de complacência com a irregularidade- e cria um ambiente, uma cultura de respeito às normas jurídicas por parte de seus colaboradores.

Noutro lado, os programas de *compliance* também estipulam rotinas e procedimentos de checagem e apuração do trabalho dos colaboradores da empresa, de contratos com terceiros, etc. A mera possibilidade de um ato irregular ser descoberto, e a certeza de que isso implicará consequências à vida funcional do colaborador, também é apto a criar desestímulo à desídia e à adoção intencional de condutas irregulares.

Os programas de *compliance* sedimentam, portanto, uma forma potencialmente eficaz de enfrentamento do problema das inconformidades havidas no trato da Administração Pública com agentes econômicos, em alternativa ao modelo convencional de controle repressivo sancionatório.

4.3. Termo de compromisso para eliminação de irregularidades

Também recentemente, o ordenamento jurídico brasileiro foi impactado com significativas alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 5.657/42). Dentre as inovações, que guardam estreita relação com o objeto da presente análise, está a previsão,

agora geral, da possibilidade de a Administração Pública firmar, com particulares, termo de compromisso visando à correção de irregularidades:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo:

I- buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV- deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

A possibilidade da celebração de termo de compromisso para corrigir irregularidades segue a tônica, defendida com ênfase por parcela da doutrina administrativista, de consenso e cooperação no âmbito da relação da Administração Pública com particulares. Sintomática dessa orientação é a posição de Luciano Parejo Alfonso, para quem, na sociedade atual, desenvolvida, informada, adulta e completa, o modelo de atuação típico do Direito Administrativo não pode ser o de Administração autoritária ou de intervenção. Para o autor, não se trata de negar ou defender



o desaparecimento por completo do poder coertivo, mas de demandar seu exercício de forma diferente, mais refinada e sutil.²²

Abandona-se, aos poucos, a postura verticalizada e hierárquica da Administração Pública em relação aos particulares, para com eles, consensualmente e de forma horizontal, construir a melhor solução para o caso concreto.²³

Trazer o particular para correção da conduta irregular de forma consensual, acordada, envolve-o em uma mudança de comportamento. A Administração Pública, abrindo mão do poder sancionatório (ou pelo menos de parte dele) em prol do diálogo, torna o particular partícipe do comportamento lícito, regular. Isso não só tende, teoricamente, a reduzir resistências, como sobretudo a induzir a prática do respeito à normatividade.

A previsão do artigo 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro resolve um problema, caro à doutrina administrativista, consistente na necessidade de lei autorizativa para permitir acordos substitutivos de sanção. Recorde-se que parte relevante da literatura especializada, notadamente de autores mais tradicionais, resistem à ideia da possibilidade de a Administração Pública abdicar, em alguma parcela, do seu poder sancionatório.²⁴ Daí decorre, como solução, a necessidade de autorização legal para tanto, o que foi resolvido pelo supracitado dispositivo legal.

22 ALFONSO, Luciano Parejo. **Derecho Administrativo**. Barcelona: Ariel, 2003. p. 45.

23 SCHIRATO, Vitor Rhein. PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e Legalidade: vinculação da Atividade Administrativa Consensual ao Direito. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 24, dezembro, janeiro, fevereiro, 2011.

24 “Uma vez identificada a ocorrência de infração administrativa, a autoridade não pode deixar de aplicar a sanção. Com efeito, há um dever de sancionar, e não uma possibilidade discricionária de praticar ou não tal ato” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 888).

A crítica que parece subsistir diz respeito ao veto aplicado pela Presidência da República ao inciso II do artigo 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que prescrevia que o compromisso poderia “envolver transação quanto a sanções”. Na prática, o dispositivo permitia expressamente a substituição da sanção pelo compromisso de ajustamento da conduta.

Nas razões de veto da Presidência da República, restou consignado que:

A celebração de compromisso com os interessados, instrumento de natureza administrativa previsto no caput do artigo, não pode, em respeito ao princípio da reserva legal, transacionar a respeito de sanções e créditos relativos ao tempo pretérito e imputados em decorrência de lei. Ademais, poderia representar estímulo indevido ao não cumprimento das respectivas sanções, visando posterior transação.

A interpretação que fundamenta o veto não é a que melhor se coaduna ao ordenamento jurídico. Se a substituição da sanção, tendo como contrapartida o ajustamento da conduta, for a solução que melhor satisfaz o interesse público, não há motivos para sua vedação apriorística, notadamente diante de previsão legal nesse sentido. Aliás, os acordos substitutivos de sanção defendidos por parte da doutrina visam, justamente, a essa possibilidade.

Em essência, busca-se aprimorar a forma tradicional de atuação repressiva da Administração Pública, tendo em vista um modelo mais refinado, dialógico e cooperativo, quando isso se mostrar mais adequado à satisfação dos interesses públicos postos em jogo.



5. Considerações finais

A questão que se colocou, neste breve ensaio, consistia indagar se a aposta no controle repressivo da Administração, de fato, é adequada (ou a mais adequada) para resolver o problema dos desvios na Administração Pública.

Exemplificou-se a hipótese trabalhada de que a agenda que coloca em evidência preponderante o controle repressivo da Administração Pública pode, eventualmente, não alcançar os resultados esperados, especialmente de redução dos casos de desvios ou irregularidades na Administração Pública.

O recrudescimento da repressão não garante a diminuição dos casos de irregularidades. Além disso, no caso das sanções pecuniárias, elas podem ser precificadas pelo agente, de modo a desaparecer o desestímulo pretendido. O sancionamento é moroso e custoso para a Administração Pública. No final das contas, a repressão não ataca o problema das causas das irregularidades no âmbito da Administração Pública.

Por esses fatores a agenda repressiva deve ser articulada a instrumentos de controle prévio e consensuais, mais adequados em dadas hipóteses para orientar, de forma efetiva, a mudança de comportamentos e desestimular a ocorrência de inconformidades. Menciona-se, a título de exemplo, o papel que o incremento da qualidade na regulação pode representar nessa seara, os programas de conformidade das empresas privadas e os termos de compromisso para correção de irregularidades.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFONSO, Luciano Parejo. **Derecho Administrativo**. Barcelona: Ariel, 2003.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Direito penal: parte geral. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

BECKER, G. Crime and Punishment: An Economic Approach, Journal of Political Economy, 1968, 169-217. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/ead/becker-1968.pdf>>, acesso em 12 de fevereiro de 2019.

BENTO, Fabiana; PENKY, Ana Carolina. **Por que endurecer a pena não reduz crimes?** <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/por-que-endurecer-pena-nao-reduz-crimes-27072016>. Acesso em 8 de fevereiro de 2019.

CLARKE, George R.G. **Does Over-Regulation Lead to Corruption?** College Station: Texas A&M International University, 2014.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010.

GNEEZY, Uri; RUSTICHINI, Aldo. A fine is a price. **The Journal of Legal Studies**, v. 29, n. 1, p. 1-17, 2000.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 4^a ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, v.1, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.



INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal**: relatório de pesquisa. Brasília: IPEA, CNJ, 2011.

KNACK, Stephen; KEEFER, Philip. **Institutions and economic performance: Cross-country tests using alternative institutional measures**. In: Economics and Politics vol. 7, 1995, p. 207-227.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. Momento atual de reflexão criminológica. FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza. **Doutrinas essenciais—direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6, p. 581-602, 2010.

NADANOVSKY, Paulo. O aumento no encarceramento e a redução nos homicídios em São Paulo, Brasil, entre 1996 e 2005. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 25, p. 1859-1864, 2009.

SCHIRATO, Vitor Rhein. PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e Legalidade: vinculação da Atividade Administrativa Consensual ao Direito. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 24, 2011.

SCHRAMM, Fernanda Santos. **O compliance como instrumento de combate à corrupção no âmbito das contratações públicas**. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2018

O Mercado Único Digital e a interoperabilidade administrativa: a proteção de dados pessoais na articulação entre administrações públicas nacionais e as instituições e órgãos da União Europeia – reflexões prospectivas¹

JOANA COVELO DE ABREU²

Resumo:

Com o Mercado Único Digital, reputou-se adequada a aposta nos serviços públicos digitais, emergindo o paradigma da Administração Pública em linha, potenciada através do método da interoperabilidade administrativa que, a breve trecho, passou a ser perspectivado como princípio geral. Assim, a interoperabilidade pressupõe que as Administrações Públicas nacionais e as instituições da União se encontrem ligadas entre si,

1 Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho (jabreu@direito.uminho.pt) – Escola de Direito da Universidade do Minho, Campus de Gualtar, 4710-570, Braga) e da Universidade Portucalense (jabreu@upt.pt) – Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Rua Dr. António Bernardino de Almeida, 541, 4200-072, Porto).



dispondo de bases de dados comuns e de pontes digitais de transição que lhes potenciem as comunicações. Quer as Administrações Públicas nacionais, quer as instituições, tratam de dados pessoais, resultando a sua proteção consolidada em direito derivado da União – o RGPD e o recente Regulamento 2018/1725. Neste contexto, cabe equacionar se estes instrumentos são capazes de, num contexto de interoperabilidade, assegurar o padrão mais elevado do direito fundamental à proteção de dados pessoais e se as articulações entre os tribunais nacionais e o Tribunal de Justiça, em caso de violações, reforçam tal proteção.

Palavras-chave: Mercado Único Digital; Administração Pública em linha; interoperabilidade; RGPD; Regulamento n.º 2018/1725

Abstract:

With the Digital Single Market settlement there was a bet on digital public services. E-Government paramount was optimized by the administrative interoperability method which, with short notice, was seen as a general principle. Therefore, interoperability presupposes national Public Administrations and Union institutions are interconnected, having common databases and transition digital bridges to boost their communications. Both national Public Administrations and European institutions are dealing with personal data whose consolidated protection was achieved through secondary Union law – GDPR and the new Regulation 2018/1725. In this context, it has to be equated if those instruments are able to, in a context of interoperability, secure the highest standard of the fundamental right to personal data protection and if

articulations between national courts and the Court of Justice, in case of violations, reinforce that protection.

Keywords: *Digital Single Market; e-Government; interoperability; GDPR; Regulation No. 2018/1725*

Sumário:

1. O Mercado Único Digital – o interesse público primário inerente ao estado da arte; 2. A interoperabilidade administrativa e o paradigma da Administração Pública em linha: estado da arte; 3. A proteção de dados na União Europeia – os Regulamentos n.º 2016/679 (RGPD) e n.º 2018/1725; 4. O padrão mais elevado de proteção de dados pessoais – reflexões; 5. Notas conclusivas

1. O Mercado Único Digital – o interesse público primário inerente ao estado da arte

A *internet* afigura-se como o espaço que definiu uma nova perceção das dimensões económica, política, social, cultural e recreativa já que, no seu seio, aquelas “se confundem e aglomeram, determinando que diferentes paradigmas coabitem”². Emerge, assim, como um fenómeno

2 J. COVELO DE ABREU, “O Mercado Único Digital como o novo mundo para a União Europeia: repercussões na estrutura regulatória social e institucional – a redefinição do serviço universal e do Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Eletrónicas (ORECE)”, *UNIO – EU Law Journal*, Vol. 4, N.º 2, Julho 2018, p. 60.



de facilitação com repercussões económicas que devem ser atendidas. Outrossim, a generalização das ferramentas digitais permitiu que todos os setores de atividade “se reinventassem e explorassem novas formas de procura e de oferta, novas formas de comercialização, novas plataformas de publicidade e de marketing, etc.”³.

Nesta senda, a União Europeia – ainda durante crise mundial vivenciada – determinou as potencialidades de apostar, no seu espaço e âmbito de atuação, numa estratégia que passasse pelo digital e pela sedimentação das novas tecnologias de informação e comunicação. Assim, na Estratégia Europa 2020, a União começou por definir, entre as “sete iniciativas emblemáticas”, o estabelecimento de uma “Agenda digital para a Europa”, através da qual visava “acelerar a implantação da Internet de alta velocidade”, permitindo que “as famílias e as empresas [pudessem] tirar partido de um mercado único digital”, já que este era um dos caminhos promissores para “definir uma estratégia credível de saída da crise”⁴. Desde então, a União Europeia entendeu que as demandas com lastro global se tornavam mais presentes, adiantando que, “[e]nquanto a Europa [tinha] de abordar as suas próprias fragilidades estruturais, o mundo [estava] a evoluir rapidamente” uma vez que as economias se encontravam, já à data, “cada vez mais interligadas”⁵.

Neste diapasão, o Mercado Único Digital passou a marcar a agenda política europeia e nacional, determinando que todos os agentes polí-

3 J. COVELO DE ABREU, “O Mercado Único Digital”, UNIO, p. 60.

4 COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação EUROPA 2020, Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*, Bruxelas, 3 de março de 2010, COM(2010) 2020 final, p. 6.

5 COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação EUROPA*, p. 9.

ticos se congratulassem com o seu estabelecimento. Quer os Estados-Membros, quer as instituições europeias começaram a verificar que a oferta digital havia impactado dramaticamente na emergência e percepção privilegiada de uma economia digital, a qual era e continua a ser capaz de acarretar benefícios inegáveis para a sociedade atual porque criadora de um valor digital acrescentado que deve ser considerado no presente e no futuro da União Europeia e na sua estratégia de crescimento e de sustentabilidade económica⁶. Para o efeito, a Comissão Europeia lembrava que se tinha de implementar uma sociedade digital.

A aposta na digitalização personifica-se, então, como o bem comum desta comunidade politicamente organizada que não é avessa ao papel que as plataformas em linha assumiram. Desde cedo que a Comissão Europeia reconheceu que, apesar de “diversas plataformas globalmente competitivas [terem tido] origem na Europa”, “globalmente, a UE apenas representa [...] cerca de 4% da capitalização total de mercado das maiores plataformas em linha” ainda que contribua para cerca “de 30% das receitas globais nas principais plataformas de distribuição de aplicações”⁷. Já anteriormente tinha apresentado resultados preliminares, explanando que “o mercado mundial das tecnologias de informação e comunicação [ascendia] a dois biliões de EUR mas as empresas europeias só [representavam] um quarto deste total”⁸. Concluiu, assim, pela necessidade

6 COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, A plataformas em linha e o mercado único digital: Oportunidades e desafios para a Europa*, Bruxelas, 25 de maio de 2016, COM(2016) 288 final, p. 1.

7 COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação ao Parlamento Europeu*, p. 3.

8 COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação EUROPA*, p. 14.



de estabelecer um meio propício às inovações nas plataformas em linha já que “[a] criação do enquadramento adequado e do ambiente ideal é essencial para reter, desenvolver e promover a emergência de novas plataformas em linha na Europa”⁹.

Para o efeito, a estratégia política de implementação do Mercado Único Digital foi adotada a 6 de maio de 2015, tendo-se determinado que, até janeiro de 2017, a Comissão Europeia era responsável por apresentar iniciativas específicas no sentido de criar o enquadramento jurídico adequado através do procedimento legislativo ordinário, mobilizando quer o Parlamento Europeu, quer o Conselho para o efeito¹⁰. Tal é possível pois, como a nomenclatura faz antever, o Mercado Único Digital está a ser atualmente desenvolvido sob o “chapéu” do bom funcionamento do Mercado Interno, ao abrigo das competências partilhadas entre a União e os Estados-Membros – artigo 4.º, n.º 2, a) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante TFUE). Na realidade, a União Europeia chamou a si a sua consecução na medida em que, durante longos anos, confiou nas diligências dos seus Estados-Membros. No entanto, começou a verificar que tais desenvolvimentos isoladamente realizados começavam a gerar alguns descompassos e dificuldades de articulação entre as tecnologias implementadas nos diversos Estados-Membros, o que demandava a sua intervenção para o estabelecimento de padrões comuns.

Acresce que a Comissão Europeia também entendeu que tal empenho poderia agilizar um maior acesso às informações por parte dos ci-

9 COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação ao Parlamento Europeu*, p. 4.

10 A. SILVEIRA e J. COVELO DE ABREU, “Interoperability solutions under Digital Single Market: European e-Justice rethought under e-Government paradigm”, *European Journal of Law and Technology*, Vol. 9, Issue, 1, 2018, p. 1.

dados e seria capaz de desenvolver um exercício administrativo mais aberto, inclusivo e participado pelos particulares¹¹. Afinal, só assim se contribui decisivamente para a adequação das liberdades fundamentais aos novos desígnios digitais, observando a livre concorrência potenciada ao nível da União¹². Assim, desenhado enquanto interesse público primário a ser prosseguido pela União e pelos seus Estados-Membros, a sua execução prendeu-se com o estabelecimento de um conjunto de objetivos a serem atingidos enquanto interesses públicos secundários: afinal, o Mercado Único Digital “poderá contribuir com 415 mil milhões de euros para a economia europeia, impulsionando assim o emprego, o crescimento, a concorrência, o investimento e a inovação” e alavancar a transformação dos serviços públicos¹³.

Cabe, portanto, às Administrações Públicas europeias (nacionais, quando aplicam o direito da União, e às instituições, órgãos e organismos da União Europeia) prosseguir os interesses públicos secundários, concretizadores do desígnio político do Mercado Único Digital. Tais interesses públicos secundários intuem-se a partir dos objetivos estabelecidos, dos quais dois ganham relevância para a nossa exposição: i) a sedimentação de uma interoperabilidade administrativa que permita que as Administrações Públicas nacionais e as instituições e órgãos da União tenham efetiva expressão digital e capacidade de interação, entre si e com os administrados, por essa via, a fim de observar as liberdades fun-

11 COMISSÃO EUROPEIA, *Commission staff working document – A Digital Single Market for Europe – Analysis and Evidence*, Bruxelas, 6 de maio de 2015, SWD(2015) 100 final, p. 3.

12 COMISSÃO EUROPEIA, *Commission staff working document*, p. 3.

13 COMISSÃO EUROPEIA, *Mercado Único Digital*, in https://ec.europa.eu/commission/priorities/digital-single-market_pt [acesso: 25.01.2019].



damentais características do Mercado Interno; e ii) o estabelecimento de um elevado padrão de proteção de dados pessoais no contexto da União, para, a par e passo, se exponenciar também a livre circulação de dados pessoais num ambiente controlado e protetivo e o estabelecimento de uma “economia europeia dos dados”^{14, 15}

Cabe, assim, precisar que serão chamadas à colação tanto as Administrações Públicas nacionais quanto as instituições e órgãos da União a fim de dar corte a tais propósitos. Tal é assim porque as Administrações Públicas nacionais, quando aplicam direito da União, encontram-se a atuar também na sua veste de Administrações Públicas funcionalmente europeias¹⁶ e a instituição, o órgão ou o organismo da União chamado materialmente à colação poderá ser reputado como Administração Pública organicamente europeia. Neste contexto, torna-se particularmente premente que as Administrações Públicas dos diversos Estados-Mem-

14 COMISSÃO EUROPEIA, *Mercado Único Digital*, in https://ec.europa.eu/commission/priorities/digital-single-market_pt [acesso: 25.01.2019].

15 A economia europeia dos dados assenta num quadro de fluxo livre de dados não pessoais. No entanto, para a sua ativação foi necessária a competente delimitação e proteção dos dados que são considerados pessoais e, bem assim, a sua sujeição a um padrão de jusfundamentalidade mais elevado. Para mais informações sobre a economia europeia dos dados, COMISSÃO EUROPEIA, *Building a European data economy*, in <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/policies/building-european-data-economy> [acesso: 25.1.2019].

16 Tal nomenclatura é adotada por alusão à dicotomia “tribunais nacionais enquanto tribunais funcionalmente europeus” que Alessandra Silveira tem vindo a sedimentar. A propósito, A. SILVEIRA, *Princípios de direito da União Europeia. Doutrina e Jurisprudência*, 2.ª ed., Lisboa: Quid Iuris. Na realidade, os tribunais nacionais são funcionalmente europeus quando aplicam direito da União Europeia enquanto os tribunais que compõem o Tribunal de Justiça da União Europeia são tribunais organicamente europeus. No mesmo diapasão, as Administrações Públicas nacionais serão consideradas como funcionalmente europeias quando aplicam direito da União enquanto as Instituições, órgãos e organismos da União serão administrações organicamente europeias porque a sua orgânica, funcionamento, criação e extinção é ditada integralmente pelo direito da União, não se observando, quanto a estas, o princípio geral de direito da União da autonomia institucional dos Estados-Membros.

bros se considerem entrosadas neste fenómeno sob pena de frustrar, em primeira linha, os objetivos de prosperidade para a Europa através do seu empenho no digital¹⁷.

A Comissão Europeia promoveu um fórum de auscultação dos agentes interessados, em 2016, designado *Digital4EU Stakeholder Forum*, onde se contemplou que o caminho passaria, em primeira linha, pelo estabelecimento de serviços públicos digitais¹⁸. Na realidade, segundo o Relatório da Atividade, verificou-se que, apesar de “os serviços [públicos digitais] terem melhorado, também as expectativas dos utilizadores aumentaram”, havendo diferenças consideráveis entre Estados-Membros¹⁹. Por outro lado, denotou-se algum desconhecimento quanto à oferta de serviços públicos digitais: ficou patente que “1 em cada 5 utilizadores europeus não sabem que certos serviços *online* existem”, que há “problemas relacionados com a disponibilidade dos serviços, a sua qualidade e a transparência associada” e que não são facilmente acessíveis²⁰. Apos- tou-se, assim, numa tendência de as Administrações Públicas nacionais tornarem os seus serviços votados a um desígnio digital para que o seu uso se torne mais “fácil e simples”²¹, fixando-se que este seria o primeiro caminho a seguir.

17 J. COVELO DE ABREU, “Digital Single Market under EU political and constitutional calling: European electronic agenda’s impact on interoperability solutions”, *UNIO – EU Law Journal*, Vol. 3, No. 1 (2017), 124, in [http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/UNIO%203/UNIO%203%20EN/Joana%20Covelo%20de%20Abreu%20\(1\).pdf](http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/UNIO%203/UNIO%203%20EN/Joana%20Covelo%20de%20Abreu%20(1).pdf) [acesso: 25.01.2019].

18 COMISSÃO EUROPEIA, #*Digital4EU Stakeholder Forum Report*, Bruxelas, 25 de fevereiro de 2016, p. 14. Afinal, adianta-se no Relatório, relativamente aos serviços públicos digitais, que “*digital should be first for all public services*”.

19 COMISSÃO EUROPEIA, #*Digital4EU Stakeholder*, p. 12 (tradução livre).

20 COMISSÃO EUROPEIA, #*Digital4EU Stakeholder*, p. 12 (tradução livre).

21 COMISSÃO EUROPEIA, #*Digital4EU Stakeholder*, p. 12 (tradução livre).



É neste contexto que surge o método da interoperabilidade – terminologia conhecida e já sedimentada no âmbito das tecnologias de informação²² – através da Decisão n.º 2015/2240²³, que estabeleceu o Programa ISA² e que visou criar um plano sobre soluções de interoperabilidade para as Administrações Públicas, as empresas e os cidadãos europeus como meio de modernização do setor público. Afinal, “[a] interoperabilidade facilita uma execução bem-sucedida das políticas e tem um grande potencial para evitar barreiras eletrónicas transfronteiriças, favorecendo a emergência de serviços públicos”²⁴. Cabe-nos, por conseguinte, escrutinar esta terminologia e o seu impacto jurídico-administrativo nas relações entre os Estados-Membros e a União Europeia.

2. A interoperabilidade administrativa e o paradigma da Administração Pública em linha: estado da arte

O artigo 2.º, n.º 1 da Decisão relativa ao Programa ISA² diz-nos que se deverá entender por interoperabilidade “a capacidade de organizações díspares e diversas interagirem com vista à consecução de objetivos comuns com benefícios mútuos, definidos de comum acordo, implicando a partilha de informações e conhecimentos entre si, no âmbito dos processos administrativos a que dão apoio, mediante o intercâmbio de dados entre os respetivos sistemas de TIC”. Tal demanda “uma interconec-

22 Y. CHARALABIDIS, *Interoperability in Digital Public Services and Administration: Bridging e-Government and e-Business*, Hershey: New York, 2011.

23 Decisão (UE) n.º 2015/2240, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2015, que cria um programa sobre soluções de interoperabilidade e quadros comuns para as administrações públicas, as empresas e os cidadãos europeus (Programa ISA²) como um meio para modernizar o setor público.

24 Decisão n.º 2015/2240, considerando 4.

xão efetiva entre os componentes digitais” já que “a interoperabilidade é necessária para colocar os serviços públicos a trabalhar num contexto transfronteiriço”²⁵ sob pena de comprometer o bom funcionamento do Mercado Interno e a observância das liberdades de circulação²⁶. A interoperabilidade busca, assim, que os Estados-Membros criem e reconvertem as suas plataformas digitais, a fim de promover a sua interconexão e a sua ligação a uma unidade tecnológica central que permitirá que as autoridades nacionais e europeias possam usufruir de redes comuns em diferentes campos de atuação, criando-se um ambiente protegido, nomeadamente em sede de dados pessoais²⁷, que facilita o acesso transfronteiriço a documentos e informações relevantes²⁸.

Afinal, visou-se o estabelecimento de um paradigma – o da Administração Pública em linha (*e-Government*) – cujo aproveitamento pleno se poderá atingir através de soluções de interoperabilidade, pois possibilita “a prestação de serviços públicos transparentes de extremo-a-extremo,

25 J. COVELO DE ABREU, “Digital Single Market”, UNIO, p. 133.

26 COMISSÃO EUROPEIA, *Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions –EU eGovernment Action Plan 2016-2020 – Accelerating the digital transformation of government*, Bruxelas, 19 de abril de 2016, COM(2016) 179 final, p. 1.

27 A propósito, o artigo 4.º, alínea b), § 5, da Decisão n.º 2015/2240, que estatui: “As ações lançadas ou prosseguidas ao abrigo do Programa ISA² devem: b) respeitar os seguintes princípios: § 5 segurança, respeito da privacidade e proteção de dados”.

28 A propósito, artigos 16.º, n.ºs 1 e 5 do Regulamento (CE) n.º 1071/2009, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de outubro de 2009, que estabelece regras comuns no que se refere aos requisitos para o exercício da atividade de transportador rodoviário e que revoga a Diretiva 96/26/CE, do Conselho, que determinava a ligação de todos os Estados-Membros a um sistema comum de controlo das exigências impostas, aos transportadores rodoviários, à luz do Regulamento; e Diretiva n.º 2006/126/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de dezembro de 2006, relativa à carta de condução (Reformulação) que determinava a obrigação dos Estados-Membros promoverem a sua ligação à RESPER, uma rede telemática a ser estabelecida na União Europeia.



o que conduzirá à redução dos encargos administrativos e dos custos”²⁹. Nesta senda, a interoperabilidade passou a ser mais do que “o método”, “a engrenagem” que estabelece e fortalece a Administração Pública em linha – a par de outros princípios gerais aplicáveis às interações de natureza administrativa, a interoperabilidade figura também como um princípio a ser observado. Há uma nova dinâmica principiológica associada às dimensões digitais: ao lado dos princípios tradicionais da acessibilidade e inclusão e da confiança e transparência, surgem os princípios do digital por defeito (*digital by default*), da interoperabilidade por defeito (*interoperability by default*) e da uma única vez (*once only*). O princípio do digital por defeito demanda que as Administrações Públicas sejam capazes de facultar os seus serviços por via digital como opção prioritária e através de um balcão único intuitivo. Já o princípio da uma única vez visa que as Administrações Públicas assegurem que os cidadãos e as empresas apenas terão de facultar as informações uma única vez, procedendo-se ao reaproveitamento de dados, em total observância da proteção de dados pessoais, evitando assim que sejam os particulares a terem de iniciar novos procedimentos para fornecer as mesmas informações ou os mesmos documentos. Já o princípio da interoperabilidade por defeito determina que “os serviços públicos devem ser desenvolvidos para trabalhar perfeitamente no Mercado Interno, através de pontes de comunicação organizacional, baseando-se na livre circulação de dados e de serviços digitais na União Europeia”³⁰. Tais intentos voltaram a ser reafirmados na Declaração Ministerial sobre Administração Pública em linha, assinada em Talin, em Outubro de 2017.

29 Decisão n.º 2015/2240, considerando 30.

30 COMISSÃO EUROPEIA, *Accelerating the digital transformation*, p. 3 (tradução livre).

A fim de promover os princípios da acessibilidade, transparência e do digital por defeito, tais intervenientes ministeriais estabeleceram que iriam assegurar que “os cidadãos europeus e as empresas poderão interagir digitalmente com a administração pública quando aqueles assim o escolham e quando seja exequível e apropriado em termos de custo-benefício e numa perspetiva de proteção do utilizador”³¹, o que também implica sensibilizar os utilizadores para as novas demandas digitais. Já quanto ao princípio da uma única vez, tal seria objeto de implementação em alguns serviços públicos sinalizados, figurando, pelo menos, como uma opção para o administrado³². Quanto aos princípios da confiança e da segurança, visaram demonstrar que as soluções interoperáveis e assentes nas novas tecnologias de informação a serem usadas pelas Administrações Públicas teriam de ser construídas assentes em padrões elevados de segurança e de privacidade, através de soluções atuais, apostando também em produtos associados à certificação eletrónica através do documento de identificação³³. A transparência e a abertura seriam potenciadas pela possibilidade de os cidadãos e as empresas poderem gerir (pedindo alterações, apagamento, restrições, correções) os dados pessoais objeto de tratamento pelas Administrações Públicas³⁴. Por último, no que diz respeito à observância do princípio da interoperabilidade por defeito, os Ministros assumiram o compromisso de “trabalhar nos quadros nacionais de interoperabilidade baseados no Quadro Europeu da Interoperabilidade (QEI), ainda que respeitando padrões relevantes nacionais, e aderir aos serviços públicos transfronteiriços do QEI”³⁵.

31 *Tallinn Declaration on e-Government at the ministerial meeting during the Estonian Presidency of the Council of the EU*, Talin, 6 de outubro de 2017, p. 3 (tradução livre).

32 *Tallinn Declaration on e-Government*, p. 3.

33 *Tallinn Declaration on e-Government*, p. 3.

34 *Tallinn Declaration on e-Government*, p. 3.

35 *Tallinn Declaration on e-Government*, p. 3 (tradução livre).



Nesta senda, o Índice de Digitalidade da Economia e da Sociedade (IDES) de 2018 – “Índice compósito que sumaria os indicadores relevantes quanto à performance digital da Europa e que rastreia o progresso dos Estados-Membros quanto à sua competitividade digital”³⁶ – organiza-se em cinco vetores ou dimensões relativos a “Conetividade”, “Capital Humano”, “Uso de serviços de internet”, “Integração de tecnologia digital” e “Serviços públicos digitais”. No que diz respeito aos serviços públicos digitais, a Comissão Europeia concluiu que a Finlândia apresentava os indicadores mais elevados, seguida da Estónia, Dinamarca e Espanha. Neste contexto, o indicador relativo aos utilizadores de serviços de Administração Pública em linha mede “em percentagem, aqueles utilizadores da internet que precisam submeter formulários à Administração Pública”³⁷. Portugal ocupa o décimo sexto lugar no Índice de 2018, fazendo “parte do grupo de países com desempenho médio”³⁸, estando acima da média europeia em termos de serviços públicos digitais. Para o efeito, quanto ao vetor relativo à utilização de serviços caracterizadores de uma Administração Pública em linha, nomeadamente quanto ao “nível de serviços concluídos em linha”, a Comissão demonstrou que “Portugal [é] um dos líderes da UE a esse respeito”, tendo mantido o seu percentual praticamente inalterado³⁹. Contudo, concluiu-se que “esta situação pode explicar-se pela percentagem relativamente elevada da população com competências digitais insuficientes e que não utiliza a Internet ou apenas o faz raramente”⁴⁰.

36 COMISSÃO EUROPEIA, *Digital Economy and Society Index Report 2018 – Digital Public Services*, p. 2 (tradução livre).

37 COMISSÃO EUROPEIA, *Digital Economy and Society*, p. 3 (tradução livre).

38 COMISSÃO EUROPEIA, *O Índice de Digitalidade da Economia e da Sociedade (IDES) de 2018 – Relatório por País, Portugal*, in <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/scoreboard/portugal> [acesso: 28.1.2019].

39 COMISSÃO EUROPEIA, *O Índice de Digitalidade*, p. 10.

40 COMISSÃO EUROPEIA, *O Índice de Digitalidade*, p. 10.

Neste contexto, resulta evidente que, paralelamente, a União Europeia está determinada ao estabelecimento de uma oferta digital pública, desde que devidamente caracterizada por padrões elevados de proteção, nomeadamente dos dados pessoais dos administrados. Na realidade, os seus dados passam a estar integrados numa base de dados transfronteiriça a que têm acesso as Administrações Públicas de outros Estados-Membros mas também a instituição ou o órgão da União que materialmente é competente e que controla o sistema interativo de natureza transfronteiriça. Assim, coloca-se a questão de saber qual será efetivamente tal padrão de proteção, sobretudo quando se vivem tempos relativamente novos quanto à proteção de dados pessoais na União Europeia. Afinal, as Administrações Públicas nacionais dos Estados-Membros encontram-se sujeitas ao padrão de proteção decorrente da aplicação do Regulamento n.º 2016/679⁴¹, mormente conhecido como Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (doravante RGPD). Por sua vez, as instituições e órgãos da União – chamados à colação pelo fenómeno da Administração Pública em linha por conta da implementação de soluções de interoperabilidade – encontram-se sujeitos ao recente Regulamento n.º 2018/1725⁴², sucedâneo do Regulamento n.º 45/2001.

Cabe, portanto, refletir sobre tais instrumentos de proteção de dados numa perspetiva macro, baseando-se nas dificuldades decorrentes do fe-

41 Regulamento (UE) N.º 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados).

42 Regulamento (UE) n.º 2018/1725, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2018, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos e organismos da União e à livre circulação desses dados, e que revoga o Regulamento (CE) n.º 45/2001 e a Decisão n.º 1247/2002/CE.



nómeno da interoperabilidade que explica e sedimenta a Administração Pública em linha e, bem assim, atentando aos desígnios de padrão mais elevado de proteção de dados pessoais na União Europeia.

3. A proteção de dados na União Europeia – os Regulamentos n.º 2016/679 (RGPD) e n.º 2018/1725

O RGPD, aplicável desde o dia 25 de maio de 2018, por força do disposto no seu artigo 99.º, n.º 2, determinou uma reforma significativa da proteção de dados pessoais no contexto da União Europeia, sendo capaz de promover a necessária conciliação entre as dimensões económicas em que assentou a aposta na revolução digital europeia – pautada, como vimos, pela implementação do Mercado Único Digital – e a proteção dos direitos fundamentais.

Assim, a proteção dos dados pessoais surge no RGPD, enquanto direito derivado da União, como “direito fundamental autónomo e de reconhecimento normativo próprio”⁴³, dando observância quer ao artigo 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (doravante CDFUE)⁴⁴, quer ao artigo 16.º, n.º 1 do TFUE que patenteia tal desígnio jusfundamental, ao estabelecer que “[t]odas as pessoas têm direito a proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito”. Afinal, o

43 A. SILVEIRA *et al.*, “A reforma do regime de proteção de dados pessoais e a sua implementação no ordenamento jurídico português”, in R.G. LEAL, A. SILVEIRA, C.A. CANO (Eds.), *IV Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro sobre direitos fundamentais e políticas públicas*, Bubok editorial, pp. 27-44, p. 28.

44 Recorde-se, a propósito, que, com o Tratado de Lisboa, para além de a CDFUE assumir força juridicamente vinculativa, por força do artigo 6.º, n.º 1 do TUE, o direito fundamental à proteção dos dados pessoais, decorrente do artigo 8.º da CDFUE, também passa a fazer parte integrante do acervo de direito originário, na medida em que a CDFUE “tem o mesmo valor jurídico que os Tratados) vide, a propósito, redação do artigo 6.º, n.º 1 do TUE.

exercício das liberdades de circulação implicou um aumento da recolha, tratamento e circulação de dados pessoais. Ora, “o desenvolvimento da sociedade técnica da informação e os avanços da denominada economia digital aceleraram a necessidade de desenvolver um regime apto a, nas circunstâncias 4.0 em que vivemos, garantir a efetividade do direito fundamental à proteção dos dados pessoais”⁴⁵. Esta realidade concretiza-se pelos impulsos legislativos do Parlamento Europeu e do Conselho, através do procedimento legislativo ordinário, conforme veiculado no artigo 16.º, n.º 2 do TFUE. Quer o RGPD, quer o Regulamento n.º 2018/1725 foram adotados em observância desta disposição.

Neste sentido, para efeitos do RGPD, entende-se como tratamento de dados pessoais, na aceção do artigo 4.º, n.º 2 do RGPD, “uma operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meio automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição”. Por sua vez, dados pessoais consubstanciam-se como a “informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável”, sendo “considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador como, por exemplo, um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou um ou mais elementos específicos da identidade física, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular” (artigo 4.º, n.º 1 do RGPD). Tais definições conheceram redações idênticas e próximas no Regulamento n.º 2018/1725, aplicável às instituições e órgãos da União Europeia.

45 A. SILVEIRA *et al.*, *IV Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro*, p. 31.



Para a reflexão que nos ocupa, cabe-nos fazer considerações relativas, nomeadamente, ao âmbito material de aplicação do RGPD e do Regulamento n.º 2018/1725, bem como às atribuições do Comité Europeu para a Proteção de Dados e da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados. Por fim, faremos incursões sintomáticas aos tribunais materialmente competentes para conhecer dos litígios emergentes de cada um dos Regulamentos.

Assim, determina o artigo 2.º do RGPD que este se aplica “ao tratamento de dados pessoais por meios total ou parcialmente automatizados, bem como ao tratamento por meios não automatizados de dados pessoais contidos em ficheiros ou a eles destinados”. Por sua vez, o n.º 2 do mesmo artigo explicita, de forma taxativa, um conjunto de matérias objeto de exclusão do âmbito de aplicação do RGPD: considera-se excluído o tratamento de dados pessoais que seja efetuado a) no exercício de atividades não sujeitas à aplicação do direito da União; b) pelos Estados-Membros no exercício de atividades relativas à Política Externa e de Segurança Comum [título V, capítulo 2 do Tratado da União Europeia (doravante TUE)]; c) por pessoa singular no exercício de atividades exclusivamente pessoais ou domésticas; d) pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção e repressão de infrações penais ou da execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública⁴⁶. Tais exclusões deverão ser lidas em conjugação com o artigo 23.º do RGPD que estabele-

46 O tratamento de dados pessoais para tais fins – investigação criminal e deteção e prevenção de infrações / ameaças à segurança pública – recebeu tratamento legislativo autónomo paralelo, por força da Diretiva n.º 2016/680. Para maiores desenvolvimentos, Diretiva (UE) n.º 2016/680, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados, e que revoga a Decisão-Quadro n.º 2008/977/JAI, do Conselho. Para mais considerações e precisões, nomeadamente quanto à sua articulação com as limitações decorrentes do artigo 23.º do RGPD, A. SILVEIRA *et al.*, *IV Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro*, pp. 36 e seguintes.

lece um regime de limitações à sua aplicação. Na realidade, determina-se que “[o] direito da União ou dos Estados-Membros a que estejam sujeitos o responsável pelo tratamento ou o seu subcontratante pode limitar por medida legislativa” as seguintes situações: a) o alcance das obrigações e dos direitos previstos nos artigos 12.º a 22.º, ou seja, os direitos conferidos ao titular dos dados; b) o alcance do artigo 34.º, que estabelece a obrigação de o responsável pelo tratamento comunicar uma violação ao respetivo titular dos dados pessoais; e c) o alcance do artigo 5.º do RGPD, relativo aos princípios gerais a que o tratamento de dados está sujeito. No entanto, a parte final do artigo 23.º, n.º 1 é claro a demonstrar que tais limitações apenas poderão ocorrer desde que se conduza um juízo de proporcionalidade para aferir se as mesmas respeitam a essência dos direitos e liberdades fundamentais e visam algumas das situações enunciadas nas suas alíneas.

Por sua vez, dispõe o artigo 2.º, n.º 3 do RGPD que “[o] Regulamento (CE) n.º 45/2001, bem como outros atos jurídicos da União aplicáveis ao tratamento de dados pessoais, são adaptados aos princípios e regras do presente regulamento nos termos previstos no artigo 98.º”. Ora, este número antecipava o notório: a revisão relativa à proteção dos dados pessoais tinha sido pensada como algo transversal e a ser realizada em bloco. Na realidade, tal apenas tinha em vista um padrão mais elevado de proteção dos dados pessoais; para tal já apontava o Estudo de Avaliação do Regulamento n.º 45/2001, realizado pela *Ernst&Young*, a pedido da Comissão Europeia – Direção-Geral de Justiça, de maio de 2015⁴⁷.

47 ERNST & YOUNG ASSOCIÉS E ERNST & YOUNG SOCIÉTÉ D’AVOCATS, *Evaluation study on Regulation (EC) No 45/2001 – Full Report*, Maio de 2015, in https://ec.europa.eu/news-room/just/item-detail.cfm?item_id=51087 [acesso: 28.1.2019].



Nesta senda, verificou-se a necessidade de adaptar as normas do antigo Regulamento n.º 45/2001, relativo à proteção de dados perante as instituições, órgãos e organismos da União, aos novos padrões jusfundamentais que decorriam do RGPD. Por outro lado, havia uma necessidade de potenciar a livre circulação de dados na União Europeia – “revogando o Regulamento (CE) n.º 45/2001, o novo regulamento (que foi assinado e publicado no Jornal Oficial da UE), tem em vista alinhar-se com as normas existentes no moderno RGPD”⁴⁸. Tal Regulamento estabelece, assim, as regras relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento dos seus dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos da União e estabelece regras sobre a livre circulação desses dados entre essas instituições e órgãos, ou entre essas instituições e órgãos e outros destinatários estabelecidos na União (artigo 1.º, n.º 1).

Na sequência do RGPD, este novo Regulamento – aplicável a partir do dia 12 de dezembro de 2019 pela Eurojust (nos termos do artigo 101.º, n.º 2) – confere direitos mais robustos aos titulares dos dados pessoais (incluindo o direito ao esquecimento, nos termos e para os efeitos do artigo 19.º) e especifica as obrigações dos responsáveis pelo tratamento (ou seja, as instituições e os órgãos da União). Do mesmo modo, logo no artigo 1.º, n.º 2 estabelece-se que o Regulamento tem em vista a proteção dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente o seu direito à proteção dos dados pessoais.

O seu âmbito de aplicação resulta, em termos positivos, do artigo 2.º, n.ºs 1 e 4 onde se estatui que “[o] presente regulamento aplica-se ao

48 PARLAMENTO EUROPEU, *Legislative train Schedule: area of justice and fundamental rights – JD – Protection of individuals with regard to the processing of personal data by the union institutions, bodies and agencies and on the free movement of such data*, in <http://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-area-of-justice-and-fundamental-rights/file-jd-processing-of-personal-data-by-the-union-institutions> [acesso: 28.1.2019].

tratamento de dados pessoais por todas as instituições e todos os órgãos da União”, que seja realizado “por meios total ou parcialmente automatizados e ao tratamento por meios não automatizados de dados pessoais contidos num ficheiro ou a ele destinados”. Excluem-se parcialmente do seu âmbito de aplicação os dados pessoais tratados por instituições e órgãos da União no âmbito da cooperação judiciária em matéria penal e policial (capítulos 4 e 5 do título V da parte III do TFUE)⁴⁹.

Por sua vez, também se exclui do seu âmbito de aplicação o tratamento de dados pessoais levados a efeito pela Europol e pela Procuradoria Europeia, mediante adaptação dos respetivos atos normativos⁵⁰ à luz do artigo 98.º do Regulamento. Para o efeito, o artigo 98.º estabelece uma necessidade de reexame, a ser realizada pela Comissão Europeia, a fim de aferir, até 30 de abril de 2022, se os atos normativos adotados são coerentes com os termos deste Regulamento, quais as divergências a suprir sob pena de redundarem em “fragmentação jurídica da legislação sobre a proteção de dados na União”, podendo a Comissão apresentar propostas legislativas adequadas.

O Regulamento n.º 2018/1725 também não é aplicável ao tratamento de dados realizado pelas missões desenvolvidas no âmbito da Política Externa e de Segurança Comum (artigos 42.º, n.º, 43 e 44 do TUE).

49 O tratamento de dados pessoais, realizado por instituições e órgãos da União em sede de cooperação judiciária em matéria penal e policial, sujeita-se apenas à observância do artigo 3.º (relativo às definições) e do capítulo IX (artigos 70.º e seguintes) do Regulamento n.º 2018/1725.

50 A propósito da Europol, Regulamento (UE) n.º 2016/794, do Parlamento Europeu e do Conselho, que cria a Agência da União Europeia para a Cooperação Policial (Europol) e que substitui e revoga as Decisões 2009/371/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI e 2009/968/JAI do Conselho; e a propósito da Procuradoria Europeia, o Regulamento (UE) n.º 2017/1939, do Conselho, que dá execução a uma cooperação reforçada para a instituição da Procuradoria Europeia.



Por sua vez, na senda do que já se havia verificado à luz do RGPD, o âmbito de aplicação do Regulamento n.º 2018/1725 também terá em mente as limitações decorrentes do artigo 25.º, onde se estabelece que “[o]s atos normativos adotados com base nos tratados ou, em matérias relacionadas com o funcionamento das instituições e dos órgãos da União, as regras internas estabelecidas por estes últimos podem limitar a aplicação”:

- “dos artigos 14.º a 22.º”, ou seja, as normas que estabelecem os direitos dos titulares dos dados;
- “dos artigos 35.º e 36.º”, que dizem respeito à comunicação das violações ao titular dos dados e à confidencialidade das comunicações eletrónicas;
- “e do artigo 4.º, na medida em que as disposições deste artigo correspondem aos direitos e às obrigações previstos nos artigos 14.º a 22.º”.

No entanto, para que tais limitações se possam efetivar, terá de ser conduzido um juízo de proporcionalidade atendendo a razões ponderosas elencadas nas alíneas do n.º 1 do artigo 25.º.

Posto isto, antevê-se um caminho articulado entre estas soluções legislativas derivadas mobilizáveis em sede de proteção de dados. Num âmbito que pressupõe o estabelecimento de serviços públicos digitais através de soluções de interoperabilidade, há que equacionar se tal propósito de alteamento da proteção de dados pessoais no contexto europeu poderá ser alcançado na prática e se os administrados, convidados a interagir digitalmente com as Administrações Públicas (funcional e organicamente europeias), serão capazes de sentir os seus direitos transversalmente observados. Na realidade, o RGPD vincula as Administrações

Públicas nacionais à sua observância, por força do artigo 4.º, n.º 7, na medida em que serão reputadas como responsáveis pelo tratamento; por sua vez, o Regulamento n.º 2018/1725 perspetiva as instituições e órgãos da União como responsáveis pelo tratamento, nos termos do artigo 3.º, n.º 8. A fim de evitar conflitos de competência – positivos e negativos –, há a necessidade de clara articulação entre a Autoridade Europeia para a Proteção de Dados e o Comité Europeu para a Proteção de Dados e entre estes e as autoridades de controlo. Para o efeito, tal parece estar formalmente acautelado na medida em que o Comité é composto pelo diretor de uma autoridade de controlo de cada Estado-Membro e da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados (artigo 68.º, n.º 3 do RGPD), constando, por sua vez, nas prerrogativas da Autoridade a participação nas atividades do Comité (artigo 57.º, n.º 1, k) do Regulamento n.º 2018/1725). Nesta senda, também é sua atribuição a realização de investigações sobre a aplicação do Regulamento n.º 2018/1725, nomeadamente com base em informações recebidas de outras autoridades de controlo ou de outras autoridades públicas. Da mesma forma, o RGPD estabelece, entre as atribuições do Comité, que lhe caberá, por iniciativa própria ou a pedido de um dos seus membros da Comissão, dirimir qualquer questão relativa à aplicação do RGPD e emitir diretrizes, recomendações e melhores práticas, a fim de incentivar a sua aplicação – artigo 70.º, n.º 1, e) do RGPD. Ainda nesta senda, compete à Autoridade Europeia cooperar com as autoridades nacionais de controlo, na medida do necessário, para o exercício das respetivas funções, em especial, através da partilha de informações relevantes e da resposta aos pedidos que lhe tenham sido apresentados (artigo 61.º do Regulamento n.º 2018/1725). Da leitura combinada dos dois normativos resulta clara uma pensada articulação entre as entidades mobilizáveis e, como tal, a possibilidade de dirimir problemas resultantes do tratamento de dados através de plata-



formas interoperáveis disponíveis quer para as Administrações Públicas nacionais, quer para as instituições ou os órgãos da União.

Assim, depois de dirimidas as questões inerentes aos respetivos âmbitos de aplicação, serão competentes, por um lado, o Tribunal de Justiça, quanto ao conhecimento de violações de dados pessoais pelas instituições e órgãos da União (artigo 64.º do Regulamento n.º 2018/1725) e, por outro, os tribunais nacionais, quanto às violações de dados pessoais decorrentes da atividade das autoridades públicas nacionais (artigos 78.º, n.º 3 e 79.º, n.º 2 do RGPD).

Neste cerne, cabe, por último, antecipar se estes dois normativos, num contexto de Administração Pública em linha potenciada pela adoção de plataformas e bases de dados interoperáveis, serão capazes de dar observância ao padrão mais elevado de proteção de dados pessoais.

4. O padrão mais elevado de proteção de dados pessoais – reflexões

Os desígnios económicos ditaram as primeiras sensibilidades da União Europeia em termos de proteção de dados pessoais que “surg[iram] como resposta à necessidade de fazer circular informações pessoais, consequência do funcionamento do mercado interno e do aumento do fluxo transfronteiriço de dados que acompanha a circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais”⁵¹. Se foi assim durante algum tempo, mais recentemente verificou-se um tendencial e inegável aumento do valor económico (e comercial) dos dados pessoais já que

51 C. SARMENTO E CASTRO, “Anotação ao artigo 8.º”, in A. SILVEIRA E M. CANOTILHO (Coord.), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Almedina, 2013, pp. 120 e seguintes, p. 121.

“à medida que o desenvolvimento tecnológico e digital se intensifica, aperfeiçoam-se os meios técnicos de recolha, renovando-se permanentemente o leque (cada vez mais ilimitado) de possibilidades de criação de valor económico dos dados recolhidos”⁵². Sob este desígnio, o Mercado Único Digital foi implementado, tendente a promover um aproveitamento das dimensões digitais e potenciando a economia na União Europeia, mas não desconsiderando o elevado grau de proteção dos direitos fundamentais neste domínio.

Ora, o direito fundamental à proteção de dados pessoais encontra-se inserido, na CDFUE, no capítulo relativo às liberdades, e de forma autonomizada relativamente ao direito à intimidade da vida privada e familiar (plasmado no artigo 7.º do mesmo normativo). Para a sua consagração como direito fundamental foram relevantes as influências decorrentes das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros⁵³, dos instrumentos de proteção de direitos humanos de caráter internacional e da atividade jurisprudencial a eles associadas. Assim, apesar de a Convenção Europeia dos Direitos do Homem não fazer referência expressa a tal direito, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem⁵⁴ foi-o recortando a partir dos termos do artigo 8.º daquela Convenção, que consagra o direito ao respeito pela vida privada e familiar, reconhecendo-lhe ínsita “uma especial vertente que impõe o respeito da privacidade em relação

52 A. SILVEIRA *et al.*, *IV Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro*, p. 31.

53 Veja-se, a propósito, as considerações feitas por CATARINA SARMENTO E CASTRO, Anotação ao artigo 8.º, pp. 120 e seguintes, sobretudo quando à autonomização do direito fundamental à proteção de dados pessoais relativamente à intimidade da vida privada e familiar em alguns ordenamentos jurídicos nacionais.

54 A propósito, Acórdãos (TEDH) *Leander vs. Sweden*, de 26 de março de 1987, processo n.º 9248/81; *Amann vs. Switzerland*, de 16 de fevereiro de 2000, processo n.º 27798/95; e *Rotaru vs. Romania*, de 4 de maio de 2000, processo n.º 28341/95.



aos tratamentos de dados pessoais”⁵⁵. Por sua vez, também foi relevante a Convenção 108 do Conselho da Europa⁵⁶ que estabelece um conjunto de princípios que influenciaram o quadro inerente à proteção de dados refletida na anterior Diretiva 95/46/CE⁵⁷.

Daqui se depreende que a sua consagração resultou, nestes parâmetros, das influências jusfundamentais recíprocas e comunicativas, explicáveis à luz do fenómeno da interconstitucionalidade⁵⁸. Na União Europeia, “o bloco de jusfundamentalidade [...] congrega direitos fundamentais de distintas fontes: normas de proveniência europeia (constantes dos tratados constitutivos – e especialmente a CDFUE), normas de proveniência nacional (correspondentes às tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, isto é, constantes das Constituições nacionais), e normas de proveniência internacional”⁵⁹, nomeadamente a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. No entanto, como bem nos foi alertando a doutrina autorizada⁶⁰, a aplicação concreta de normas de direitos fundamen-

55 C. SARMENTO E CASTRO, *Carta dos Direitos Fundamentais*, p. 120.

56 Convenção 108 do Conselho da Europa, de 28 de janeiro de 1981, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento automatizado de dados pessoais.

57 Diretiva n.º 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, ora revogada pelo RGPD.

58 Para maiores desenvolvimentos, entre outros, J.J. GOMES CANOTILHO, «*Branco-sos*» e a interconstitucionalidade. *Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Almedina, 2006.

59 A. SILVEIRA, *Princípios de Direito*, p. 80.

60 A propósito, e para maiores incursões, M. LUÍSA DUARTE, *União Europeia e Direitos Fundamentais – no espaço da internormatividade*, AAFDL, 2016; J.J. GOMES CANOTILHO, «*Branco-sos*» e *Interconstitucionalidade*; P. RANGEL, *O estado do Estado. Ensaios de política constitucional sobre justiça e democracia*, Dom Quixote, 2009; e J.J. GOMES CANOTILHO, Estado de direito e internormatividade, in A. SILVEIRA (Coord.), *Direito da União Europeia Transnacionalidade*, Quid Juris, 2010.

tais de distintas fontes revela-se complexa na medida em que acabam por revelar âmbitos sobrepostos de aplicação. No entanto, estamos em crer que, atenta «a lógica da interjusfundamentalidade que inspira o modelo de proteção dos direitos fundamentais na União, é expectável que o TJUE dê continuidade ao exercício de “concordância prática” que tem marcado a sua jurisdição integradora ao longo do tempo»⁶¹. À luz destas considerações, há que concretizar se a proteção de dados pessoais será potenciada à luz destes dois atos normativos – recorde-se, o RGPD e o Regulamento n.º 2018/1725 – e se a União Europeia será capaz de concretizar o *standard* mais elevado de proteção deste direito fundamental. Iremos ainda refletir se, neste contexto de interoperabilidade administrativa que também demanda o tratamento em linha de dados pessoais dos administrados entre as Administrações Públicas nacionais e as instituições e os órgãos da União, se, em caso de violações, os tribunais (orgânica e funcionalmente europeus) poderão continuar a operar como uma ponte de transição entre as ordens jurídicas nacionais e europeia a fim de dar cumprimento ao fenómeno da interconstitucionalidade vivificado neste contexto, promovendo a tutela mais efetiva do direito fundamental à proteção dos dados pessoais.

Tais interações reflexivas entre diferentes padrões de jusfundamentalidade conduziram a que o legislador da União consagrasse, no artigo 53.º da CDFUE, o princípio do “*standard* mais elevado de proteção”⁶² “que deve ser compreendido como um princípio de preferência pela nor-

61 A. SILVEIRA, *Princípios de Direito*, p. 82.

62 M. CANOTILHO, “Anotação ao artigo 53.º”, in A. SILVEIRA e M. CANOTILHO (Coords.), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Almedina, 2013, pp. 606 e seguintes, p. 607.



ma mais favorável”⁶³ na medida em que nos casos em que seja passível de aplicação mais do que um dos padrões de jusfundamentalidade mobilizáveis, o artigo 53.º parece intuir que se aplicará aquele que ofereça uma proteção mais elevada ao titular do direito em causa numa dinâmica de influências mútuas e recíprocas entre ordenamentos jurídicos distintos. Tal disposição tem de ser lida em conjugação com o artigo 52.º, n.ºs 3 e 4 da CDFUE⁶⁴, já que estabelece que, à CDFUE, não fica vedada a possibilidade de conferir um padrão de proteção mais amplo do que o que decorre da proteção internacional de direitos humanos e, por identidade de razão, do que decorre das Constituições nacionais, numa lógica de tendencial superação mútua a que não é despiciendo o quadro normativo em análise nesta reflexão. Na realidade, os Regulamentos em apreço (RGPD e Regulamento n.º 2018/1725) têm em vista pontuar a proteção de dados pessoais como efetivo direito fundamental – para isso é contundente o argumento literal inerente aos primeiros considerados de cada um dos normativos, que ovacionam o artigo 8.º da CDFUE. Acresce que, enquanto o Regulamento n.º 2018/1725 não havia sido adotado, vigorava a regra interpretativa decorrente do artigo 2.º, n.º 3 do RGPD que demandava que o anterior Regulamento n.º 45/2001 fosse adaptado aos princípios e regras do RGPD. Assim, apesar de representar uma difícil leitura e compatibilização, já se lançava, no próprio RGPD, as primeiras pedras para que o *standard* de proteção fosse igualado quer o tratamento se realizasse por autoridades públicas nacionais (e os demais responsáveis pelo tratamento, nos termos do RGPD), quer se realizasse por instituições e órgãos da União. Ora, num contexto em que a aposta

63 A. SILVEIRA, *Princípios de Direito*, p. 83.

64 Para maiores desenvolvimentos e concretização, A. SILVEIRA, Anotação ao artigo 52.º da CDFUE, in A. SILVEIRA e M. CANOTILHO (Coords.), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Almedina, 2013, pp. 590 e seguintes, p. 590.

digital passa pela partilha de dados e informações entre as autoridades nacionais e europeias, através de canais interoperáveis, tal preocupação redundava numa efetivação de um padrão de proteção jusfundamental evidentemente mais elevado, na medida em que se compatibilizam, por cima, os padrões de proteção das pessoas singulares – administrados – que interagem administrativamente com as autoridades nacionais e europeias através de componentes digitais. Acresce que, das enunciações antecedentes, resulta evidente que os conflitos de competência serão facilmente balizados pelo entrosamento – nos próprios órgãos – das autoridades competentes em matéria de proteção de dados. Como tivemos oportunidade de explicitar, quer o Comité Europeu para a Proteção de Dados, quer a Autoridade Europeia interagem entre si; das suas atribuições resulta evidente a necessidade de, a pedido ou por iniciativa própria, esclarecerem dúvidas quanto ao âmbito de aplicação de cada um dos Regulamentos; e, por último, há um acompanhamento próximo das atividades realizadas pelas autoridades nacionais de controlo, o que determinará que, na prática, o padrão de jusfundamentalidade também poderá ser mantido e, quiçá, alteado. Ora, tal *standard* elevado de proteção decorre de mecanismos do direito da União Europeia, cabendo, portanto, no seu âmbito de aplicação.

Aqui surge a nossa segunda reflexão tendente à criação da convicção de que se poderá promover uma elevação da proteção de dados no contexto da União Europeia: quando tais dinâmicas começam a ganhar lastro transfronteiriço – especialmente, se potenciadas à luz dos desígnios digitais ora encetados pela União Europeia, através do método e princípio da interoperabilidade administrativa –, surge a preocupação que se continue a promover uma tendencial aplicação uniforme do direito da União e, bem assim, uma interpretação harmoniosa dos seus termos. Assim, a proteção de dados pessoais, quer à luz do RGPD, quer do Regu-



lamento n.º 2018/1725, cai no âmbito de aplicação do direito da União – desde logo porque se tratam de atos normativos diretamente aplicáveis, nos termos do artigo 288.º do TFUE, conduzindo à tendencial uniformização do direito aplicado –, o que significa que, se dúvidas surgirem sobre a sua aplicação, tais merecerão articulação com a instituição capaz de as dirimir: o Tribunal de Justiça. Ora, o Tribunal de Justiça tem sido o motor da proteção jusfundamental na União – mesmo antes de a CDFUE ter assumido força juridicamente vinculativa, este tribunal foi deduzindo jurisprudencialmente a proteção de direitos fundamentais através da sua proclamação como princípios gerais de direito da União⁶⁵. Como nos ensina Alessandra Silveira, “o TJUE converte os princípios gerais em válvulas de escape da tutela jurisdicional efetiva dos particulares”⁶⁶, cabendo quer a este tribunal, quer aos tribunais nacionais, quando aplicam direito da União, exercerem a proteção jusfundamental. Para o efeito, e a fim de evitar diferentes fundamentos decisórios e, concomitantemente, diferentes *standards* de proteção, há um mecanismo de “diálogo formal”⁶⁷ entre os tribunais nacionais e o Tribunal de Justiça que poderá sair indiretamente propiciado por conta da intervenção direta do Tribunal de Justiça à luz do Regulamento n.º 2018/1725: o reenvio prejudicial.

65 Mais recentemente, o Tribunal de Justiça voltou a contribuir para tal acervo jusfundamental, com os acórdãos BAWAG, de 25 de janeiro de 2017, processo n.º C-375/15 e Manni, de 9 de março de 2017, processo n.º C-398/15; e Nowak, de 20 de dezembro de 2017, processo n.º C-434/16. Para mais desenvolvimentos, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, Relatório Anual 2017 – Atividade Judiciária, Luxemburgo, 2018, in https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-06/ra_2017_pt_web.pdf, [acesso: 29.1.2019], pp. 73 e seguintes.

66 A. SILVEIRA, *Princípios de Direito*, pp. 78-79.

67 C. TIMMERMANS, “Multilevel judicial co-operation”, in P. CARDONNEL, A. ROSAS e N. WAHL (Eds.), *Constitutionalising the EU judicial system: Essays in honour of Pernilla Lindh*, Hart Publishing, 2012, p. 16.

O reenvio prejudicial é um mecanismo ao dispor dos tribunais nacionais, enquanto tribunais comuns da União Europeia, para demandarem, junto do Tribunal de Justiça, a interpretação / aferição de validade do direito da União Europeia tendente à resolução do caso *sub judice* (artigos 19.º do TUE e 267.º do TFUE). Como o próprio Tribunal de Justiça explicou aos tribunais nacionais, “[o] reenvio prejudicial é o mecanismo fundamental do direito da União Europeia, que tem por finalidade fornecer aos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros o meio de assegurar uma interpretação e uma aplicação uniformes deste direito em toda a União”⁶⁸, sem que tal represente qualquer relação de hierarquia entre o primeiro e os segundos⁶⁹. Trata-se, assim, de “um instrumento de cooperação direta entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais”⁷⁰.

Nesta senda, já nos pronunciamos sobre as potencialidades de o reenvio prejudicial ser capaz – ainda que não a título privativo – de assegurar a observância do padrão de direitos fundamentais expectável na União Europeia⁷¹. Neste contexto – e ainda que balizados à observância de um direito fundamental em específico, o direito à proteção de dados pessoais –, a realidade é que o reenvio prejudicial poderá continuar a alicerçar tal proteção mais audaz dos dados pessoais.

68 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, *Recomendações à atenção dos órgãos jurisdicionais nacionais, relativas à apresentação de processos prejudiciais*, (2012/C 338/01), Luxemburgo, 6 de novembro de 2012, p. 1.

69 A. DASHWOOD *et al.*, *European Union Law*, 6.ª Edição, Hart Publishing, 2011, pp. 209 a 210 e 216.

70 M.E. MARTINS DE NAZARÉ RODRIGUES, “Anotação ao artigo 267.º do TFUE”, in M.L. PORTO E G. ANASTÁCIO (Coords.), *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, Almedina, 2012, p. 963.

71 Para maiores desenvolvimentos, J. COVELO DE ABREU, “An approach to today’s EU constitutionality control – understanding this EU interjurisdictional phenomenon in light of effective judicial protection”, *UNIO – EU Law Journal*, Vol. 3, No. 2, Julho de 2017, pp. 104-124.



Por um lado, à luz do RGPD, determinam os artigos 78.º, n.º 3 e 79.º, n.º 2 que serão competentes os tribunais do Estado-Membro em cujo território se encontram, respetivamente, estabelecidas as autoridades de controlo ou o responsável pelo tratamento. Neste contexto, quando seja proposta uma ação nestes termos perante os tribunais funcionalmente europeus, e a estes se coloquem dúvidas relativas à interpretação ou à validade de disposições de direito da União mobilizáveis para a boa solução do litígio, tais tribunais deverão articular-se com o Tribunal de Justiça a fim de assegurar a interpretação e aplicação uniformes do direito da União e evitar fenómenos de fragmentação do direito aplicado.

No entanto, a jurisprudência do Tribunal de Justiça pode ganhar o relevo ainda mais marcante, decorrente quer da sua intervenção no âmbito do reenvio prejudicial, quer enquanto instância jurisdicional “competente para apreciar todos os litígios relacionados com o disposto” no Regulamento n.º 2018/1725, “incluindo as ações de indemnização” (artigo 64.º, n.º 1), como dos recursos interpostos contra as decisões da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados e para impugnação das coimas aplicadas (artigo 64.º, n.ºs 2 e 3 do Regulamento n.º 2018/1725).

Da mesma forma, o artigo 58.º, n.º 4 do Regulamento n.º 2018/1725 determina ainda a possibilidade de a Autoridade Europeia para a Proteção de Dados submeter questões à apreciação do Tribunal de Justiça, nas condições previstas nos Tratados, para além de poder intervir em processos judiciais intentados junto do Tribunal de Justiça. Neste sentido, antevê-se aqui uma clara articulação entre a mencionada Autoridade e o Tribunal de Justiça que não será estranha à determinação do padrão de proteção dos dados pessoais. No entanto, na medida em que o Tribunal de Justiça intervém, enquanto órgão jurisdicional, para conhecer dos litígios emergentes do âmbito de aplicação do Regulamento n.º 2018/1725,

tal determinará que o acervo jurisprudencial aproveitável aos tribunais nacionais será alargado e estes poderão beneficiar da sua jurisprudência consolidada nestes termos. Acresce que as sensibilidades que serão suscetíveis de emergir nos litígios nacionais poderão ser coincidentes às que se colocam, em primeira linha, ao Tribunal de Justiça. Na realidade, as disposições de um e outro Regulamento, em sede de definições e de direitos reconhecidos aos titulares dos dados, são muito aproximadas, determinando que o Tribunal de Justiça e os tribunais nacionais possam estabelecer, entre si, um diálogo que vai para além do reenvio prejudicial, embora não esgote este mecanismo e que até intensifique as interações que, no seu cerne, já eram usuais. Deste modo, haverá uma nova dinâmica de interjurisdicionalidade⁷² que não se esgotaria no reenvio prejudicial, mas que se continuaria a pautar por uma fecundação da produção jurisprudencial dos órgãos jurisdicionais nacionais pelas influências interpretativas do Tribunal de Justiça.

5. Notas conclusivas

A *internet* redefiniu a perceção das variadas dimensões da vida em sociedade, apresentando-se como um facto de emergência de novos desafios económicos a que a União Europeia não ficou indiferente, tendo-se empenhado nas dimensões digitais como um dos objetivos da Estratégia Europa 2020.

Para potenciar o desenvolvimento desta Agenda Digital para a Europa, a União apostou na emergência de um Mercado Único Digital no âmbito

⁷² Para maiores desenvolvimentos, J. COVELO DE ABREU, *Tribunais nacionais e tutela jurisdicional efetiva: da cooperação à integração judiciária no Contencioso da União Europeia*, Almedina, 2019 (no prelo).



das suas competências partilhadas tendentes ao aperfeiçoamento do Mercado Interno. Afinal, a União chegou à conclusão de que tais desideratos tecnológicos e digitais acarretavam efeitos económicos inegáveis.

Assim, enquanto interesse público primário, o estabelecimento e desenvolvimento de um Mercado Único Digital foi acolhido pelos agentes políticos nacionais e europeus, tendo sido necessário fixar quais os interesses públicos secundários a serem prosseguidos na sua esteira. Tornou-se, então, evidente a necessidade de entrosar quer as Administrações Públicas nacionais (que, quando aplicam direito da União Europeia, atuam como Administrações Públicas funcionalmente europeias) e as instituições e órgãos da União na sua prossecução. Assim, o primeiro passo foi o de apostar no estabelecimento de serviços públicos que tivessem a capacidade de operar e interagir através de componentes digitais. O método aprioristicamente adotado foi o da interoperabilidade administrativa, alavancado pela adoção do Programa ISA². Neste cerne, a interoperabilidade demanda que se criem meios de interação tecnológica e bases de dados comuns às Administrações Públicas dos diversos Estados-Membros e a sua ligação central à instituição ou ao órgão da União materialmente competente. Tal implicou a emergência de uma nova principiologia que se pautou, por um lado, pelo reaproveitamento de informações já facultadas pelos administrados em momentos anteriores – quer perante a mesma entidade pública, quer perante a sua congénere de outro Estado-Membro –, de acordo com o princípio da uma única vez; e pela necessidade de as interações serem, em princípio, feitas por via digital, entre os administrados e as autoridades públicas, de acordo com o princípio do digital por defeito. Neste seguimento, a interoperabilidade foi também elevada a princípio geral, de modo a poder ter o impacto

organizacional, semântico e técnico pretendido⁷³. Com esta aposta nos serviços públicos digitais, desenvolveu-se o paradigma da Administração Pública em linha tendente à flexibilização, transparência e simplificação das relações entre administrados e as Administrações Públicas funcional e organicamente europeias, redundando numa redução de encargos administrativos. Tal arquétipo tem sido acompanhado por uma leitura numérica atualizada através do Índice de Digitalidade da Economia e da Sociedade que, em 2018, revelou que, quanto aos serviços públicos digitais, Portugal se encontrava acima da média europeia e que, ao nível dos serviços concluídos em linha, este mesmo Estado-Membro era um dos líderes (embora algumas falhas se pudessem explicar por uma população com competências digitais insuficientes).

Todos estes incrementos foram acompanhados por uma preocupação com um elevado padrão de jusfundamentalidade no que aos dados pessoais diz respeito. Para o efeito, foram adotados dois Regulamentos – o RGPD e o Regulamento n.º 2018/1725 – que adequaram normativamente as exigências de proteção de dados pessoais às novas demandas tecnológicas.

A partir deste estado da arte, coube uma reflexão aprofundada sobre o padrão de proteção daquele direito fundamental deles decorrente e a sua compatibilidade / uniformidade num contexto caracterizado por interações digitais permanentes entre as Administrações Públicas nacionais e as instituições e os órgãos da União que se encontram, respetivamente, sujeitas ao âmbito de aplicação de um e de outro ato legislativo.

Do périplo realizado, tornou-se manifesto que existe quadro normativo suficiente para que se estabeleçam articulações entre as autoridades

73 Para maiores desenvolvimentos, C.E. JIMÉNEZ-GÓMEZ E M. GASCÓ-HERNÁNDEZ, *Achieving open justice through citizen participation and transparency*, Hershey, 2017, p. 160.



nacionais de controlo, o Comité e a Autoridade Europeia para a Proteção de Dados, revelando que sempre poderão alcançar soluções equiparáveis para os casos onde as Administrações Públicas nacionais e as instituições e os órgãos da União interagem através de soluções interoperáveis.

Acresce que, sem esquecer o papel de relevo da jurisprudência do Tribunal de Justiça na construção do atual padrão de jusfundamentalidade quanto aos dados pessoais, coube-nos ainda, prospectivamente, intuir que o seu papel poderá sair reforçado por três vias complementares, revitalizando a própria dinâmica de interjurisdicionalidade já detetada até aqui:

- 1) Por um lado, através dos reenvios prejudiciais que lhe serão dirigidos pelos tribunais nacionais quanto à interpretação / validade dos termos do RGPD;
- 2) Por outro, por conta da sua intervenção enquanto órgão jurisdicional competente para conhecer das ações e recursos emergentes da aplicação do Regulamento n.º 2018/1725, determinando uma interpretação aproveitável aos órgãos jurisdicionais nacionais nos termos que se mostrem coincidentes com o RGPD;
- 3) Por fim, a possibilidade de a Autoridade Europeia para a Proteção de Dados dirigir questões ao Tribunal de Justiça, o que determinará que se possa colher, por esta via, a sua sensibilidade interpretativa.

Neste pressuposto, a interjurisdicionalidade, i. e., o fenómeno relativo à existência de sistemas jurisdicionais diferentes e complementares que convivem no mesmo espaço constitucional e jurídico e que visa apreender as suas interações reflexivas como meio de potenciação da tutela

jurisdicional efetiva, pode inclusivamente sair reinventada na medida em que se poderão verificar relações decorrentes do diálogo formal promovido pelo reenvio prejudicial mas também, ainda que indiretamente, por via da jurisprudência produzida pelo Tribunal de Justiça em sede de aplicação do Regulamento n.º 2018/1725. Por fim, como as suas sensibilidade interpretativas poderão ser colhidas através da sua articulação com a Autoridade Europeia, também a sua atividade consultiva poderá servir de barómetro e de uma nova forma de relacionamento (pré- ou para-) jurisdicional. Aliás, consabidamente, ao reenvio há muito que se lhe reconhece uma dimensão subjetiva por se encontrar ao serviço da tutela jurisdicional dos direitos dos particulares. Ora, num contexto de interoperabilidade administrativa, garante-se, assim, aos administrados um elevado padrão de proteção dos seus dados pessoais, quer por conta do acervo jusfundamental já existente, quer por conta da jurisprudência que, neste novo contexto, se poderá produzir e, bem assim, através da sua intervenção a título consultivo.

Só o tempo o dirá mas estamos em crer que os dados pessoais se encontrarão devidamente acautelados no âmbito de aplicação destes Regulamentos que parecem mostrar-se aptos aos desígnios de uma Administração Pública em linha que interage através de mecanismos e bases de dados interoperáveis.

