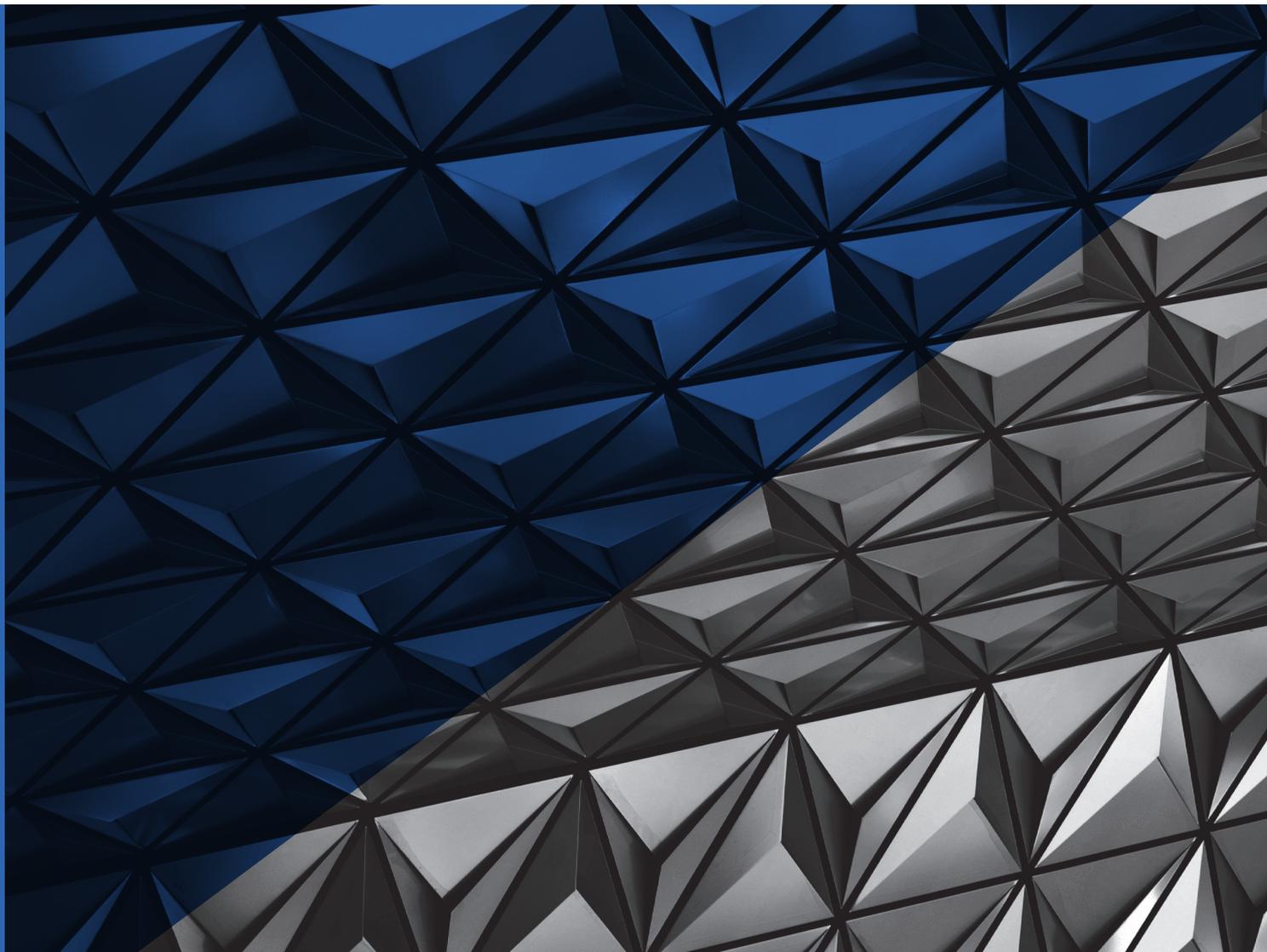


A DECISÃO ADMINISTRATIVA ELECTRÓNICA

EMERGÊNCIA DA REGULAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO

CRISTINA MARIA DA SILVA LOPES E NAVARRO MACHADO



UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



A DECISÃO ADMINISTRATIVA ELECTRÓNICA
EMERGÊNCIA DA REGULAÇÃO DO PROCEDIMENTO
ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO

CRISTINA MARIA DA SILVA LOPES E NAVARRO MACHADO

MESTRADO EM DIREITO

ÁREA DE ESPECIALIZAÇÃO:

ADMINISTRATIVO

ANO: 2009/2010

Nota de divulgação

O trabalho que agora se divulga corresponde à *Dissertação de Mestrado em Direito Administrativo*, apresentada, em 13 de Outubro de 2011, na *Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* e discutida perante o Júri em 17 de Abril de 2012.

No momento da entrada em vigor do novo *Código do Procedimento Administrativo*, aprovado pela *Lei nº 4/2015*, de 7 de Janeiro, com um postulado sobre, a assim denominada, *administração electrónica*, pareceria, *prima facie*, evidenciar a inoportunidade, e até a impertinência, em tornar público um trabalho que apela à emergência de um procedimento administrativo electrónico.

Permita-se-nos, todavia, o atrevimento de afirmar que este é, ainda, um momento propício, na medida em que esta legitimação de uma prática procedimental automatizada possa, talvez, forçar a atenção dos mais absentistas na utilização dos meios electrónicos para uma outra realidade, que não a simples transmissão electrónica de dados, e que é, mais complexamente, o procedimento administrativo informatizado.

E o que é o procedimento administrativo informatizado?

A dado passo da dissertação, referenciámos que a prática procedimental concentrava-se, essencialmente, na utilização das tecnologias de informação e comunicação «generalizadamente, na recolha e registo de um manancial de informação que auxiliará o decisor a poder conhecer todos os elementos relevantes, de facto e de direito, para a análise das situações concretas e determinante das escolhas adequadas e pertinentes e na agilização das comunicações entre os cidadãos e as administrações», revelando maior preocupação com a «protecção dos dados pessoais e na segurança e fidelidade no tratamento de dados».

Numa nova era de sistemas inteligentes de informação e comunicação, vem-se promovendo a participação interactiva dos cidadãos, introduzindo-se novos canais de relacionamento, através do registo telemático, do acesso à

informação e à comunicação pelos portais electrónicos, pretendendo-se uma relação mais próxima e proactiva entre a Administração e o cidadão.

Este novo Código assenta numa regulamentação especificamente vocacionada para a promoção do acesso rápido e económico à informação depositada nos arquivos das repartições públicas, na melhoria da qualidade das relações com os cidadãos, na partilha de informação relevante à decisão dos procedimentos entre as diferentes administrações públicas, optimizando o direito dos cidadãos à informação sobre os requisitos e condições necessários à melhor expressão das suas pretensões.

Enfatiza a celeridade na tramitação do procedimento, a simplificação de formalidades, a desformalização de actos e termos, a desmaterialização de pastas e dossiers – no encorajar da utilização de ferramentas tecnológicas no domínio das infra-estruturas da informação e da comunicação – tudo isso na perspectiva da divulgação e ou da comunicação da informação.

Bastará, para tal, atentar nas normas enunciadas nos artigos 61º, 62º ou 63º – utilização do correio electrónico, disponibilização de formulários electrónicos, implementação de aplicações informáticas de gestão e de circulação documental.

Afinal, esta administração electrónica parece redundar numa versão digital do processo (não do procedimento) administrativo, antes em suporte papel – o objecto da automatização parece convergir para os realakt, operações materiais como sejam as notificações, as comunicações, o registo de requerimentos – instituindo-se o dever procedimental de utilização de meios electrónicos, formulado no frontispício das normas enunciadas no artigo 14º e densificado nos artigos 61º, 62º, 63º e 64º, nº 4, deste novo Código.

Percebe-se que as novas normas irão provocar mudanças, impondo a reorganização de circuitos, formalidades e trâmites – e, se acrescentarmos os novéis acordos endoprocedimentais e conferência procedimental - uma revolução cultural no comportamento convencional da Administração Pública, entendida, aqui, como um universo público.

Todavia, essa informatização já vinha sendo uma prática corrente – com maior ou menor dissonância, variável em função dos organismos, do mesmo Ministério, ou dos diferentes serviços, do mesmo organismo – mercê da Lei das

Comunicações Electrónicas, das normas especificamente reguladoras das assinaturas electrónicas certificadas, e da Lei de Protecção de Dados Pessoais.

O novo Código do Procedimento Administrativo passa a ser (apenas) um repositório para fácil conhecimento do que era a utilização corrente, na actividade administrativa, dos meios electrónicos na difusão da informação e na acessibilidade a serviços.

Já é passado o tempo de se perceberem as vantagens da administração electrónica (ou automatizada, como alguns autores preferem), tão focalizada na divulgação da informação e na comunicação, pois, essa é, há muito, a realidade de vários serviços públicos, em especial os que se relacionam proximamente ao cidadão.

O novo Código do Procedimento Administrativo só lhe confere a chancela oficial...

Hoje, é o momento de reflectir sobre o modo informatizado de produção da decisão administrativa, trate-se de actos vinculados ou de actos discricionários.

O que seja um «procedimento informatizado» é um conceito que não vem definido neste novo Código que se expressa numa Administração electrónica.

Certo é que, a mesma prática corrente, já se antecipou, há muito, no desenvolvimento de procedimentos administrativos que utilizam aplicações informáticas para produzirem, por si, o acto administrativo, suscitando (sérias) preocupações de justiça e de razoabilidade da actuação administrativa.

Será que a aplicação do princípio da razoabilidade (artigo 8º), impondo a rejeição de soluções incompatíveis com a ideia de Direito, é ele mesmo compatível com as exigências da parametrização das aplicações informáticas criadas para desenvolverem procedimentos destinados a produzir uma decisão administrativa de forma automatizada?

E o princípio da responsabilidade (artigo 16º) poderá contribuir decisivamente para uma pedagogia da «lógica de garantias preventivas», no modo tecnológico de formação da decisão administrativa, em confronto com a produtividade das aplicações informáticas?

É que, tal como referimos na dissertação, «[a] simples previsão legal de regras e princípios, fixados, geralmente, num normativo de procedimentos, que devem ser observados nas sucessivas fases de formação do acto administrativo, prevenindo desvios da potestas administrativa e garantindo a defesa dos direitos dos particulares, pode não ser suficiente».

É, pois, essa informatização do procedimento administrativo que constitui o concreto objecto da dissertação que, agora, se divulga, pretendendo conduzir o debate para além da (simples) utilização de meios electrónicos.

Lisboa, 7 de Abril de 2015

*In memoriam
do meu avô Diogo
e do meu Pai.*

*Para a minha Mãe.
Para o Carlos.*

Agradecimentos

À Professora Doutora Carla Amado Gomes, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, que aceitou ser a minha orientadora de mestrado, tecendo as sugestões e comentários críticos que me auxiliariam a melhorar a presente dissertação, que se não alcançou o nível de qualidade exigível tal circunstância ficar-se-á a dever exclusivamente à insuficiência de empenho da orientanda.

À Dr^a. Maria de Fátima Coelho e à Dr^a. Gabriela Real, dirigentes num instituto público da Administração Pública portuguesa, pela troca de conhecimentos, experiências e desabafos, feita ao longo dos últimos anos, a partir da qual pude aperceber-me de alguns dos caminhos espinhosos da actividade administrativa numa época de premente modernização tecnológica. Mas, muito especialmente, pela amizade que me ofereceram.

À minha Mãe pelo seu incondicional e intrínseco amor maternal no apoio moral e, também, logístico que, incomensuravelmente, contribuíram para que o presente trabalho pudesse ser pensado e escrito e para quem, por isso, todos os agradecimentos nunca serão suficientemente retributivos.

Por último, mas não menos importante, ao Carlos, meu companheiro inestimável de força nas horas de desânimo e que, pacientemente, me aturou muitas impertinências.

Lisboa, 13 de Outubro de 2011.

Cristina da Silva Lopes

ÍNDICE

NOTA DE APRESENTAÇÃO

INTRODUÇÃO

I

I. A mudança de paradigma do Estado de Direito: uma brevíssima retrospectiva.

I.I – Recordando, do Estado Liberal...

I.II – Ao Estado Social

I.III – A (des)construção da democracia com o Estado Social

II

II.I – Discricionariiedade, um instrumento de criação do Direito

II.I.I - A discricionariiedade autorizada pela norma

II.I.II – Vinculatividade ou discricionariiedade?

II.I.III – A conduta administrativa legítima ou a vinculatividade na discricionariiedade

II.I.IV – Das garantias dos particulares: em especial, o dever de fundamentação e o *princípio da imparcialidade*

II.II – A exigibilidade de uma actividade administrativa diferente

II.II.I – A *organização inteligente*

II.II.II – As regras do jogo: o modelo de procedimento administrativo português

III

III - A Administração Pública e a informática

III.I – A modernização tecnológica na Administração Pública

III.II – Obrigação ou mera faculdade da Administração Pública em aderir à tecnologia informática?

III.III – Automatização da decisão administrativa: visitação de alguns doutrinadores

III.IV – A singularidade do método de ponderação na discricionabilidade: revisitando a doutrina

III.V – Desafio à regulamentação legal de um procedimento administrativo electrónico: o *back-office* da decisão electrónica

III.V.I – A imputação do acto informático ao órgão competente

III.V.II - A responsabilidade jurídica pelo desempenho das aplicações informáticas

IV

IV – Epílogo

IV.I – Propósito da automatização da decisão administrativa... e discricionária

IV.II – O procedimento administrativo electrónico como pressuposto de uma decisão automatizada

SÍNTESES CONCLUSIVAS

BIBLIOGRAFIA

*“Ó deuses,
inspirai a minha empresa
(pois vós a mudastes também),
e conduzi ininterrupto o meu canto
desde a origem primordial do mundo
até aos meus dias”.*
(Ovídio)

NOTA DE APRESENTAÇÃO

Não foi sem alguma hesitação que esboçámos a metodologia escolhida, a começar logo pela escolha do tipo de tese a apresentar.

Feita a introspecção do nosso actual estado do conhecimento do Direito, e em particular do Direito Administrativo, optámos por ensaiar uma apresentação crítica sobre a introdução da tecnologia no procedimento administrativo, centrando o objecto do nosso estudo na repercussão da utilização de programas informáticos ao nível da formação da decisão administrativa de primeiro grau, com enfoque na decisão discricionária, tendo como *pano de fundo* alguma da nossa experiência adquirida no âmbito do direito administrativo real.

É uma abordagem simples, sem perquirição do tema e dos assuntos com ele correlacionados, portanto, sem descobertas, e, talvez, com incipiente maturidade intelectual na reflexão sobre os temas jurídicos tratados, mas constituirá um exercício útil no (nosso) futuro profissional pelo esforço possível de conhecimento e de intencional rigor, que desenvolvemos na preparação e organização do tema, assuntos e material de investigação.

Recordamos as avalizadas recomendações da Professora CARLA AMADO GOMES referidas nas suas prelecções da disciplina de Ordenamento Administrativo, ao falar sobre os critérios para a melhor apresentação de um trabalho de investigação: «*um trabalho científico pode constituir-se, também, por um novo modo de ler e compreender asserções dogmáticas que já não são novidade*».

Estamos cientes que nos falta «*engenho e arte*» de precursora de achados inéditos, mas, quem sabe, se na arrumação das ideias, feita no presente trabalho, não teremos sido capazes de, todavia, apresentar algum contributo que valha a pena ser considerado no aprofundamento de novas pesquisas e reflexões de outros (bem) mais estudiosos.

Apresentados o propósito e o objecto do presente trabalho, seguiremos, primeiro, contextualizando a actual Administração Pública, desde a sua passagem pelo Estado Liberal ao Estado Social, de que derivou uma mudança de função e de metodologia da actividade administrativa, desvelando algum cepticismo sobre a genuidade do *princípio democrático* na perspectiva de enquadramento para a crítica que se (re)afirmará no capítulo IV.

A mudança de paradigma da função administrativa deixa em aberto novas questões, entre elas, e na linha do horizonte da informatização da Administração Pública, a dialéctica actos vinculados/actos discricionários, reclamando-se com veemência a emergência da revisão do *Código de Procedimento Administrativo* português para se ajustar à nova realidade da função administrativa.

E não podendo postergar-se a conquista da função administrativa pelas novas tecnologias, no imparável incremento da sociedade da informação, será este o momento de colocar questões sobre a modernização da Administração Pública por via da informática, com especial relevo na informatização do procedimento decisório muito para além do que é, já hoje, a realidade de quase todas as administrações públicas: a automatização da decisão administrativa e (porque não?) discricionária.

Em conclusão, tentaremos responder às questões que forem sendo lançadas no decurso do presente trabalho, nomeadamente, a conciliação da técnica da discricionariedade, a protagonista no novo Estado Pós-Social, com a parametrização do procedimento administrativo, devedora da rigidez das fórmulas informáticas, que outros, mais cépticos, avisam tender à ressurreição do estrelato do *princípio da legalidade*.

A metodologia da investigação compreendeu os textos e as normas constituídas e o resultado de estudos científicos - concretamente a pesquisa de alguma literatura espanhola e italiana - que abordassem especificamente o tema da informatização do procedimento administrativo, e que estivesse ao alcance dos nossos conhecimentos linguísticos.

Procurámos, no desenvolvimento dos trabalhos de investigação e de redacção, precisar os limites do objecto proposto, prosseguindo com o método de exposição do conhecimento específico do tema escolhido e finalizando com a construção desse tema nas dimensões axiológica e estrutural, a decisão (discricionária) electrónica integrada num procedimento administrativo electrónico.

...*.*...

INTRODUÇÃO

Atravessando a História até ao surgimento do Estado Social, podemos identificar quatro vectores comuns que foram definindo o sentido do percurso do *princípio da legalidade*:

- a) A prossecução do interesse público é a excelsa finalidade da actuação pública;
- b) Desde a palavra decisiva do monarca ao centralismo legiferante do governante – que sempre determinaram os critérios decisórios que a actuação pública deveria observar – o fundamento e limites que o interesse público cumpriria, nessa actuação, reproduziram-se, na verdade, na autolimitação e autovinculação do poder executivo;
- c) Esse mesmo interesse público autorizou, também, um certo estado de anomia justificador da *legalidade* da decisão pública tomada fora da lei;
- d) O protagonismo do poder executivo em definir, aplicar e modificar o fundamento e limites da actuação pública, tem sido, afinal, um campo fértil ao crescimento de um poder administrativo, que se fecunda no advento da tecnocracia do Estado Social.

A admissão da discricionariedade pode ser entendida como a consequência histórico-jurídica dos fenómenos que favoreceram o engrandecimento do novo poder administrativo: reforça o protagonismo do poder actuante da Administração Pública que escolherá os modos de comportamento e definirá o conteúdo das situações e relações jurídico-administrativas mais convenientes e oportunas face às opções políticas do momento.

A racionalidade do procedimento administrativo e a justiça da decisão contam, essencialmente, com a carga subjectiva de quem decide – na fragilidade da condição humana, com as contingências culturais e sociais a ela

inerentes – e em que a valoração individual do decisor depende da sua competência e do seu profissionalismo, assente no seu particular ponto de vista.

Não será, pois, de estranhar que, para a opção política de modernização da Administração Pública - a realizar-se pelas medidas de simplificação, celeridade, desmaterialização e desformalização, que ela própria define, controla e avalia - aquela zona franca permitisse a entrada livre e desimpedida da informática na Administração Pública, já que as tecnologias de informação e de comunicação constituem ferramentas de facilitação especificamente acessíveis pelas palavras-chave da modernização.

E poderemos saber se numa conjuntura de emergente eficiência e eficácia do desempenho da Administração Pública, seguindo o caminho da celeridade e simplificação, há espaço, na actuação pública de facto, para o exercício da discricionariedade?

Conhecemos, porventura, quais os domínios da Administração Pública em que efectivamente se justifica o exercício da discricionariedade?

E ela é efectivamente exercida? E por que modo?

E quais são os impactos desse exercício na real conformação do caso concreto?

E a especiação sectorial do interesse público não conduzirá, afinal, à normalização de soluções, determináveis e diferenciáveis na univocidade do interesse específico e na estabilidade proporcionada pelo ritmo da evolução natural da vida social?

O incremento da qualidade e da eficiência dos serviços públicos terá na modernização tecnológica da AP uma resposta adequada ao cumprimento do dever de boa administração?

As novas tecnologias da informação e da comunicação vêm revolucionando a estrutura, actuação e interacção de uma organização pública em vários estádios da actividade administrativa: há já novos modelos de procedimentos que, directa ou indirectamente, afectam a produção do acto

administrativo e que se distanciam do modelo preconizado no *Código do Procedimento Administrativo* e, por esse motivo, fora do controlo da legalidade.

Mas o fenómeno da informatização, confundido que vai nos factos, acaba sendo o regulador da vida social através de formas ajurídicas, e mesmo antijurídicas, substituindo-se ao Direito na definição da ordem jurídica – a tomada da decisão administrativa acabará, na verdade, sendo deslocada para o técnico de informática.

O núcleo da regulamentação já existente sobre informática na Administração Pública está mais vocacionado para auxílio de pesquisa de informação, prestação de serviços rápidos e mais económicos e da facilitação da comunicação entre os cidadãos e a Administração, em que é maior a preocupação sobre a protecção de informação reservada e a validade e força jurídica dos documentos que circulem através de meios electrónicos.

Falta a regulamentação sobre as relações administrativas desenvolvidas em ambiente informático e, especialmente, sobre a automação de procedimentos administrativos e produção dos actos correspondentes – uma espécie de lei-quadro da informática na Administração Pública.

É uma mudança cultural que deve, também, inspirar a confiança do cidadão no sistema, já que esse é um factor crítico na actividade administrativa convencional.

E porque se assiste a uma nova forma de democracia, a democracia digital, impõe-se uma reformulação da legitimidade e legalidade administrativas que, sem perda dos princípios jurídicos basilares, potencie a mudança das matrizes procedimentais.

Nos casos em que a lei regula todos os aspectos essenciais à produção da decisão não repugna a automatização do procedimento, procedendo-se ao exame da norma, à tradução em linguagem informática da regra a aplicar, percepção do caso concreto e processamento da solução por via de um sistema de regras.

Nos casos dos procedimentos decisórios que reclamem o exercício da discricionariedade, a informatização terá de recorrer à algoritmização e aí tudo dependerá do que o estado da tecnologia permitir criar mais próximo da inteligência humana: como seja o caso de programas capazes de aprender, que desenvolvam linguagens especiais, que permitam explorar, a partir das coordenadas do caso concreto, a escolha da alternativa viável, recorrendo a operadores de controlo existentes no próprio sistema.

Mas admitida a informatização é necessário regulá-la na perspectiva da conciliação da produtividade do aparelho administrativo (eficiência) e de uma cidadania sem riscos de info-exclusão, na lógica de continuidade, igualdade e adaptabilidade perante o serviço público.

Retomando a ideia do centralismo do poder administrativo, evidenciando-se precisamente no domínio da conformação da lei, quer através da avaliação do sistema normativo quer da criação do direito em concreto, e, por outro lado, sabido que a invasão da informática nos domínios da AP é imparável, importante é obviar ao abandono desta nova ordem, que se envolve nas tecnologias de informação e comunicação à conveniência daquele poder.

É uma reestruturação profunda de métodos de trabalho, de organização institucional, de reformulação da hierarquia administrativa – uma nova filosofia que impõe uma nova cultura de serviço público.

A virtualidade está em permitir que a aplicação informática conjugue a produtividade e eficiência administrativa com a transparência e o controlo da racionalidade da decisão, corrigindo certos efeitos perversos, funcionando, assim, como um mecanismo pedagógico da cultura da função pública, regulamentando e monitorizando, de forma multidisciplinar, a actuação pública.

Relativamente a aplicações informáticas já hoje em funcionamento, não se conhece se foram cumpridas as regras da competência, se as normas legais foram correctamente traduzidas em linguagem informática, se foi previamente ponderada a racionalidade do procedimento e tidas em conta as garantias dos particulares, que órgãos e agentes intervieram no processo de automatização –

factores que podem importar na hipótese de impugnabilidade de acto administrativo viciado por erro da aplicação informática.

Não é um problema de inidoneidade tecnológica, mas de insuficiência jurídica: a informatização desregulada numa esfera de acção extrajurídica, em que procedimentos de facto se convertem em direito aplicável, desactiva as normas jurídicas que a ordem jurídica recomendaria aplicar, em que a informática passa a ser o novo fundamento anómico da (des)ordem jurídica.

Exactamente pela mesma razão que se afirma que é o domínio de aplicação da norma – o campo real do direito concretizado – que acaba condicionando o sentido da própria norma, na correlação directa entre o sentido da norma e a ordem prática da realidade que aquela pretende regular.

Importa, pois, assegurar que o uso sábio do computador pode repor em movimento a ciência do direito.

A emergência da informática há-de reclamar uma maior intervenção do Direito: se é sua missão específica regular os fenómenos da vida, firmando a paz social, então é o Direito que deve dominar a informática, mas de modo a que, sem abdicar da ambição da ideia de justiça ideal, não fique, contudo, refém dessa ideia.

A padronização poderá não se revelar uma norma boa, mas, evocando (ainda) MARCELLO CAETANO, pode ser preferível à ausência de norma se da sua falta resultar o capricho nas resoluções de autoridade e a incerteza dos direitos individuais – que é já um risco provável no vazio jurídico em que a informática navega na AP.

Reconhece-se que a informática não é a panaceia para todas as maleitas diagnosticadas sobre o deficiente desempenho da AP – mas tal circunstância não obsta a que se tenha de admitir que aquela se vá infiltrando e disseminando pelo corpo de serviços e organismos públicos em áreas que ultrapassam os meros arquivos digitais ou da funcionalidade de canais de comunicação.

A falta de justificação para a criação de determinada aplicação informática e a inexistência de informação sobre as especificações jurídicas e técnicas que envolvem a criação, o acompanhamento e avaliação do respectivo desempenho, propiciam perversões na actividade administrativa e subvertem a ordem jurídica com a perda de autonomia do direito enquanto regulador, por excelência, da vida social.

A questão a merecer resposta passa, hoje, mais por se aferir qual a extensão que a automatização da produção dos actos administrativos deve alcançar, do que percebermos, ainda, se deve ou não admitir-se aquela automatização, no que concerne particularmente aos actos discricionários.

A definição clara da competência e a explicitação da correspondente responsabilidade moralizarão os órgãos competentes pelo processo de automatização, inculcando-lhes um maior rigor e empenho na decisão de automatizar, na determinação das especificações e na monitorização do desempenho das aplicações ou programas informáticos – co-responsabilidade entre o órgão administrativo materialmente competente (*dono do negócio*) e o técnico de informática que intervém em qualquer uma das fases do processo de automatização e desempenho do *software*.

* *
... * ...

I

*“Todos
os pensamentos inteligentes já foram pensados;
é preciso tentar repensá-los.”
(Goethe)*

I. A mudança de paradigma do Estado de Direito: uma brevíssima retrospectiva.

I.1 – Recordando, do Estado Liberal...

É comumente¹ aceite que no liberalismo teorizava-se a supremacia do parlamento na feitura das leis, fundeando o *princípio da legalidade*, na certeza de que a Administração Pública «era livre» de fazer tudo o que as leis, caracterizadas pela generalidade e abstracção, permitissem.

Aparte a conexão desta asserção com o tema do equilíbrio relacional dos poderes institucionais (legislativo, executivo e judicial), que não nos ocupará no presente trabalho, da confirmação do *princípio da legalidade* decorreria a faceta democrática da lei, manifestação da vontade maioritária do povo com representação assente no parlamento, e a subordinação a ela da Administração Pública com a actuação balizada entre outros dois princípios: o da *prevalência de lei* e o da *reserva de lei*.

É a «*preocupação liberal*», inspirada nas teorias legalistas, de que a lei seja o legítimo repositório da garantia de liberdade do cidadão – o império da lei e a liberdade são, aliás, as bandeiras das revoluções liberais – mantendo o poder legislativo a competência própria para fazer as leis (faceta progressista, face ao anterior regime de absolutismo do monarca).

O mote é, contudo, o Estado mínimo.

Do absolutismo do monarca passa-se ao absolutismo da lei, sendo certo que aquela, reservando-se para a regulação da propriedade privada e da liberdade dos indivíduos – que constituiriam as únicas esferas jurídicas dos

¹ Entre outros, PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, reimpressão da edição de Maio de 2003, Coimbra, Almedina, 2007; WILLIAN BUCHMANN, “Controlo jurisdicional da discricionariedade administrativa no Estado democrático de direito”, in *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, , nº 51, Porto Alegre, Agosto-Dezembro de 2003, p. 33-88; ROGÉRIO E. SOARES, “Princípio da legalidade e administração constitutiva”, in *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, volume 57, Coimbra, 1981, pp. 3-25; ANDREINA SCOGNAMIGLIO, “Sui collegamenti tra atti di autonomia privata e procedimenti amministrativi”, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, a. 33 n. 2, Milano, 1983, pp. 290-329.

cidadãos (direitos subjectivos) limitadoras do arbítrio da Administração – estabelecia limites à liberdade do cidadão.

Fora desta baliza, a Administração joga num espaço livre, sendo o *princípio da legalidade (administrativa)* observado na sua vertente restritiva de um *princípio de compatibilidade* em que a actividade administrativa só não deve contrariar a lei.

LOCKE, reconhecendo a «*insuficiência e a imperfeição da lei em tudo prever e prover*» às necessidades colectivas, já falava na necessidade de a lei permitir uma margem de livre actuação da Administração, embora subordinada «*às exigências do bem público*»².

Núncio da discricionariedade?

A prossecução do interesse público assumia-se, assim, como limite imanente da actuação da Administração autorizando que esta pudesse agir à margem da lei, pelo menos da lei formalmente instituída – uma certa ideia de anomia que admitia a *legalidade* de uma decisão tomada, afinal, fora da lei.

ROUSSEAU partindo, igualmente, da ideia que as leis não eram flexíveis à realidade da vida, admitia situações em que, invocando a «*salvação da pátria*», devesse prevalecer o poder concentrado num governante (ou magistrado) que poderia mesmo suspender as leis³ - a neutralização do Direito instituído pelo poder legislativo que, parecia, autorizar a instituição de um outro normativo metajurídico, na inversão da *potestas* para a *auctoritas*.

Numa outra corrente das doutrinas liberais sobre o *princípio da legalidade* encontramos KANT cuja teorização parece apontar no sentido de que é «*a política que deve ajustar-se ao direito*» e em que a ordem jurídica, a lei, é o [único] fundamento do Estado de Direito, «*a sua justificação e o seu limite*»⁴.

Antecipando o futuro, poderia reconhecer-se nesta construção teórica a força do fundamento da, igual, subordinação da informática ao Direito...

² PAULO OTERO, ob. cit. nota 1, p. 57.

³ PAULO OTERO, ob. cit. nota 1, p. 65.

⁴ PAULO OTERO, ob. cit. nota 1, p. 73.

Mas parece que, também segundo aquele filósofo, ocorreria um desvio à supremacia do poder legislativo, admitindo-se que o «*chefe de Estado*» pudesse agir, ou coagir, à margem da lei vigente⁵.

Assim também, se reconhecia autonomia à decisão administrativa sem «*fundamento legislativo*»⁶, novamente justificada pela força da *auctoritas*.

Numa outra concepção liberal protagonizada por HEGEL⁷, privilegiava-se a figura do monarca, numa inversão da «*concepção democrática da lei*»⁸, em que esta é que o autovinculava na medida em que aquele intervinha decisivamente na sua formulação, pois, «*a decisão do poder legislativo está sempre subordinada à palavra final do monarca*»⁹.

A actividade administrativa era, então, definida conforme à vontade do monarca, que lhe determinava «*os critérios decisórios*», e o protagonismo do poder legislativo cedia lugar ao poder executivo¹⁰.

Qualquer semelhança entre esta realidade e a que se afirmará a partir do século XX é, quiçá, a inescrutável repetição da História...

Com BENJAMIN CONSTANT a legalidade administrativa nascia da cooperação entre poder legislativo e poder real, derivando a sua «*força jurídica*» do sancionamento do rei¹¹, (faceta conservadora, se comparada com a centralização do poder no monarca do anterior absolutismo).

Convocando Paulo OTERO, «*o executivo nunca é alheio à legalidade a que decide submeter-se*», admitindo-se como regra ou excepção, consoante os modelos liberais da legalidade administrativa, o «*primado do poder legislativo*» que cedia o lugar à prevalência do poder executivo¹².

No caso português – acompanhando, ainda, Paulo OTERO – ao longo da história constitucional, e até à entrada em vigor da Constituição de 1976, foi maior a tendência da «*supremacia do órgão executivo sobre o órgão parlamentar*», apontando-se como razão, entre outras, o facto de o órgão

⁵ PAULO OTERO, ob. cit. nota 1, p. 72.

⁶ PAULO OTERO, ob. cit. nota 1, pp. 76-77.

⁷ PAULO OTERO, ob. cit. nota 1, pp. 78 ss.

⁸ PAULO OTERO, ob. cit. nota 1, p. 82.

⁹ PAULO OTERO, ob. cit. nota 1, p. 83.

¹⁰ PAULO OTERO, ob. cit. nota 1, p. 84.

¹¹ PAULO OTERO, ob. cit. nota 1, pp. 88-89.

¹² Cfr. ob. cit. nota 1, p. 92.

executivo, de algum modo, exercer, intervir ou deter a competência legislativa, concluindo que o *princípio da legalidade* serve (o interesse?) o poder executivo constituindo uma «*forma de autovinculação*»: é o próprio executivo que define os pressupostos e limites da actuação administrativa, posteriormente aplicando-os ou modificando-os consoante a orientação da própria vontade política¹³.

A Constituição de 1976, de redacção essencialmente permeável às concepções liberais de LOCKE, ROUSSEAU e de KANT, acolhe, contudo, um legado da Constituição de 1933 que subverte o primado do poder legislativo e que consiste na «*excepcional concentração de competência normativa no Governo*» que lhe permite, como no passado histórico, pensar na decisão concreta e, posteriormente, redigir a norma que habilitará [a Administração] à prática dos actos criteriosamente escolhidos: as alternativas de actuação ou do modo de exercício da actividade administrativa precedem e definem o conteúdo das normas jurídicas, orientando os «*termos do exercício da função legislativa*»¹⁴.

Realidade que perdura até aos nossos dias...

I.II – ... ao Estado Social

A passagem do Estado Liberal ao Estado Social é franqueada pela necessidade que o Estado moderno tem de alargar o seu âmbito de intervenção, provocada pelas novas exigências da sociedade, como seja a mediação de conflitos entre os interesses sociais e públicos em jogo, e por uma maior regulação dos factos económicos.

Na verdade, é o papel do poder executivo, encarnado na Administração Pública, que sai reforçado e, em consequência, agiganta-se a dimensão administrativa do poder público.

¹³ PAULO OTERO, ob. cit. nota 1, pp. 110-116.

¹⁴ PAULO OTERO, ob. cit. nota 1, pp. 121-130.

ANDREINA SCOGNAMOGGIO refere que alguns escritores alemães vinham vaticinando o perigo de o Estado Social poder transformar-se no Estado Administrativo¹⁵.

Nesse contexto, ANDREINA SCOGNAMOGGIO fala numa diferente abordagem do princípio da legalidade, ao menos no «*campo da administração económica e social*» em que a Administração carece de uma maior liberdade de actuação, de habilitar-se a partir de normas indeterminadas, que apenas definem algumas directivas genéricas, remetendo para o decisor administrativo a tarefa da escolha da solução concreta.

É o deslascar da regra da tipicidade no terreno dos ditos procedimentos negociais, por, também aqui, se verificar a necessidade de a Administração ter uma «*notável liberdade de acção*» de modo a resolver as alternativas que o caso concreto lhe possa apresentar¹⁶.

Na fase do dito Estado Social, tendo-se desvanecido a ilusão do abstencionismo estatal, sofre-se uma febre de regulação da ordem social, a «*inflação legislativa*» de CARNELUTTI, nos diversos sectores com proeminência da igualdade sobre a liberdade porque o indivíduo passa a ser compreendido como um elo da sociedade, em convivência com os seus semelhantes, formulando-se os direitos sociais e o objectivo de justiça social.

Surgem novas necessidades da sociedade a partir do desenvolvimento técnico, social e económico que conduzem à (nova) adaptação das estruturas políticas e jurídicas: é ainda um Estado de Direito... mas tecnocrata, subdividindo-se em especialidades sectoriais.

A decisão é despolitizada e deslocada para o *expert* em cada sector, especialmente, socioeconómico: o Governo, que ganha terreno em especialização e tecnicidade, torna-se (melhor seria dizer, reafirma-se...) o verdadeiro legislador mercê de sucessivas autorizações legislativas e de um outro expediente legislativo que são as normas de textura aberta, cláusulas gerais ou directivas, conforme as preferências dos glosadores.

Citando JACQUES CHEVALLIER «(...) *uma vez mais, neste caso o apagamento ostensivo do poder político atrás dos sábios traduz bem a inflexão dos modos de legitimação da produção normativa. (...) o direito é cada vez*

¹⁵ A. e ob. cit. nota 1, p. 290, n. 2.

¹⁶ Cfr. ob. cit. nota 1, p. 292 e 301.

mais entendido como uma técnica operacional de gestão, não tendo valor por si mas somente pela sua eficácia»¹⁷.

A Administração transita de um estado de praticar o que não lhe é proibido para um outro estado de só praticar o que lhe for permitido, modelando-se a (nova) formulação do *princípio da legalidade administrativa*: a lei é o limite e o fundamento da actuação administrativa – pelo menos em tese, assim será.

À faceta da *compatibilidade*, que se revelou insuficiente, acresce agora a vertente da *conformidade* em que o exercício da actividade administrativa deve ser autorizado por lei.

Mesmo a liberdade de actuação da Administração parece ser apenas aquela que o legislador lhe permite na escolha do momento e do modo de comportamento, vinculadas que são as normas da competência e da forma.

Ganham relevo os fins da actividade administrativa que se reconduzem ao conceito indeterminado (ou será, antes, discricionário?) do interesse público.

Mas será a Administração, de facto, uma «*serva da lei*»?

Ocorre-nos, neste momento, referenciar NIGRO que diz que a Administração Pública «*apresenta-se como um subsistema político no qual é delegada uma parte do poder político*»¹⁸.

I.III – A (des)construção da democracia com o Estado Social

Ultrapassado o mínimo liberal, o Estado Social maximiza uma administração pública essencialmente prestadora, concorrendo para tal uma maior intervenção do Estado «*com o dever de prestação abundante*»¹⁹.

¹⁷ Cfr. “A racionalização da produção jurídica”, in *Legislação*, nº 3, Janeiro-Março 92, pp. 9-23, pp.17 e 22.

¹⁸ Cfr. *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione*, in Quad. Formez, I, 1981, pp. 21 ss., *apud* ANDREINA SCOGNAMIGLIO, ob. cit. nota 1, p. 292.

¹⁹ WILLIAM BUCHMANN, ob. cit. nota 1, p. 84.

Será que a mudança de paradigma do Estado – admitindo-se, pelo menos em teoria, que essa mudança é, de facto, real, destacando-se, hoje do passado, uma nova forma de actuação pública – terá reflexos no conceito de democracia representativa que evolui construtivamente para novas formas de legitimidade, ou, diversamente, é o conceito de democracia que se (des)constrói para permitir a mudança dos critérios orientadores do papel interventivo dos actores públicos?

BUCHMANN²⁰ refere que o Estado de Direito está em «*constante mutação*» em função do tempo e das transformações sociais; e essa mutação é um pressuposto do conceito de democracia, «*acentuando-se a participação popular de modo efectivo*».

GARCIA DE ENTERRÍA entende a democracia como «*o conjunto de garantias institucionais, surgidas não apenas no Estado de Direito, mas de preceitos éticos como a justiça e a liberdade, sendo aplicada no interesse do povo, ou seja, da maioria dominada, respeitando-se, contudo, os direitos da minoria dominante*»²¹.

Retomando a leitura de PAULO OTERO, a legitimidade democrática, tradicionalmente atribuída ao parlamento, parece (continuar no presente, como no passado) colocar na ribalta da vida política a figura do chefe de governo, revelando-se as eleições para a assembleia legislativa «*como um processo de legitimação democrática quase directa do executivo*»²².

Se se tiver em conta que no Estado Social é maior a intervenção reguladora e continuando o protagonismo do chefe do Governo a moldar *ex ante* o conteúdo das normas – a partir da avaliação feita às situações concretas e da sua regulação conforme ao programa do Governo – então regressa-se, ao que nos parece, sem dificuldade, aos modelos de supremacia do poder real que obnubilava o poder legislativo, dos tempos liberais.

E se, como PAULO OTERO refere, o Estado Liberal conheceu, e reconheceu, situações, ditas excepcionais, em que o poder legislativo teria de ceder ao poder do monarca, precisamente ao concluir-se, como o fez LOCKE,

²⁰ Cfr. ob. cit. nota 1, p. 34 e 35.

²¹ Cfr. *Democracia, Jueces y Control de la Administración apud WILLIAM BUCHMANN*, ob. Cit. nota 1, p. 34.

²² Cfr. ob. cit. nota 1, pp. 130-135.

pela insuficiência das normas do parlamento em regularem todas as situações da vida, então, historicamente a tendência evolutiva do poder político sempre sobrepôs e sobrepõe, ainda que num figurino diferente, o poder executivo ao poder legislativo (do parlamento, entenda-se).

A aceitar-se como verdadeira esta inferência, então, reconduzir-nos-emos a outra conclusão e que é a de, talvez, não existir uma inversão do Estado Liberal porque, simplesmente, o poder executivo, ou governamental, como se preferir, sempre encontrou um modo de ser ele a definir o conteúdo das normas jurídicas em função dos critérios que, em cada momento político, julga como os mais ajustados a habilitá-lo à prática dos actos administrativos que concretizem as opções constantes do programa de Governo.

E, mais uma vez, se confirmaria que o *princípio da legalidade* administrativa se traduz na autovinculação (e porque não, directa) do Governo, «*expressando o parlamento a vontade do executivo de modo tão fiel como se fosse este último a fazer a lei*»²³.

Esta não é, portanto, uma *novidade* do Estado Social!

Parece-nos, então, que à pergunta formulada no início do presente ponto em análise, dever-se-ia responder que o conceito de legitimidade democrática (des)constrói-se para permitir a mudança dos critérios orientadores da actuação do poder público, hoje crescentemente administrativo.

Invoca-se, mais uma vez, a asserção de CHEVALLIER que «*a norma jurídica existe para a concretização de “programas” que ela própria deve servir e aplicando-se o esforço de racionalização, no processo legislativo, às políticas nas quais se subsume a norma, privilegia-se a racionalidade técnica em detrimento da racionalidade jurídica; o direito é um instrumento ao serviço da eficácia*»²⁴.

E o tão proclamado *princípio da legalidade* aí está para servir os propósitos do Governo²⁵, os quais são estruturados com base nas reformas

²³ PAULO OTERO, ob. cit. nota 1, p. 132.

²⁴ Cfr. ob. cit. nota 17, p. 10.

²⁵ O qual é tendencial e normalmente maioritário, seja em regime monopartidário seja em regime bipartidário (caso da coligação).

pretendidas pelas administrações públicas, de acordo com os cânones que estas entenderem definir²⁶.

Testemunharemos a transição da tecnocracia para uma outra realidade a que LAURENT FABIOUS designou «*adhocratie*»²⁷?

É, talvez, este o momento de lançar na arena da discussão a denominada «*democracia participativa*», na medida em que o crescimento do poder político-administrativo obriga a repensar outros mecanismos ou instrumentos de controlo da actividade dos órgãos executivos.

PAULO OTERO fala, a este respeito, na «*neocorporativização da decisão política*» em resultado da intervenção de grupos e parceiros sociais (pelo menos em teoria) num prévio procedimento negocial com vista à tomada da decisão pública que se materializará num subsequente processo legislativo²⁸.

Se assim é, então, este conceito de democracia participativa evoluiu²⁹ para uma outra forma de controlo, em que não se efectiva, exactamente, uma participação popular – no sentido em que se poderia ler a conceptualização da democracia acima atribuída a GARCIA DE ENTERRÍA³⁰ e que, na verdade, poderia autenticar o Estado (de Direito) democrático – mas repelindo a legalidade para o indivíduo, que se consagrara no período liberal.

Os grupos de interesses sociais e económicos substituem-se, assim, aos indivíduos entendidos enquanto cidadãos.

Porém, o Estado Social não realiza, ao que parece, a efectiva participação dos cidadãos na vida política do Estado, continuando, antes, a alimentar a supremacia do poder executivo, ou melhor das administrações públicas.

São novas figuras de organização administrativa que ganham relevo na vida política, sob o pendor da consensualização e postura dialogante que a actuação da Administração Pública tem (deve) que praticar; cede-se, pois, o passo à figura da negociação e do contrato (incluindo acordos ou os, sugestivamente designados, «*memorandos de entendimento*»), no fenómeno

²⁶ PAULO OTERO, ob. cit. nota 1, p. 139.

²⁷ Então Presidente da Assembleia Nacional em França, citado por JACQUES CHEVALLIER, ob. cit. nota 17, p. 17.

²⁸ Cfr. ob. cit. nota 1, pp. 139-143.

²⁹ Não se traduziria, pois, numa desconstrução do conceito democracia.

³⁰ Vide supra, pp. 14-15.

que, na perspectiva dogmática, se vem denominando de «*fuga para o direito privado*».

O que ainda não percebemos é se esta nova Administração é, deveras, «*constitutiva*» ou «*conformadora*»³¹ dos interesses e necessidades da colectividade que, supostamente deve servir (bem)³².

Nos últimos anos do presente milénio tem-se assistido ao acentuar de uma outra realidade, que embora não sendo nova, é susceptível de causar perturbação na ordem democrática que aprendemos a reconhecer e a respeitar: o «*estado de excepção*» em resultado da acção política desenvolvida, ou promovida, em situações de crise e que pretende apresentar-se «*como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal*»³³.

Em nome deste «*estado de excepção*», os governos dos Estados modernos, ainda que democráticos, vêm, recorrentemente, adoptando medidas excepcionais e, provavelmente, provisórias que chegam a inverter alguns valores e normas já assentes na ordem jurídico-constitucional, revelando-se essa actuação, também, como um novo «*paradigma de governo*»³⁴.

³¹ ROGÉRIO E. SOARES, ob. cit. nota 1, p. 12.

³² Um exemplo: *Memorando de Entendimento* celebrado entre o Ministério da Saúde e os Ministérios das Finanças e da Administração Pública, da Defesa Nacional e da Administração Interna, do XVIII Governo Constitucional, sobre as relações financeiras entre o Serviço Nacional de Saúde e a Direcção Geral de Protecção Social aos Funcionários e Agentes da Administração Pública, o Instituto da Acção Social das Forças Armadas, os Serviços de Assistência na Doença da Guarda Nacional Republicana e da Polícia de Segurança Pública, através do qual o Orçamento do Estado passa a financiar o Sistema Nacional de Saúde (SNS), também, pela prestação de serviços em estabelecimentos e ou por médicos ao serviço do Estado aos beneficiários da ADSE e dos subsistemas de assistência na doença das forças de segurança e das forças armadas. O fundamento apresentado foi o de tratar-se de «*uma medida de racionalização e simplificação de procedimentos*». Esta alteração das regras de co-responsabilidade da ADSE nos custos do SNS, no âmbito do financiamento do esquema e benefícios a conceder aos beneficiários daquele subsistema, ocorre, ao que parece resultar do texto do *Memorando* a que tivemos acesso, à margem do regime jurídico de financiamento definido no Decreto-Lei nº 242-B/2006, de 29 de Dezembro, cujo artigo 1º define como objecto «*o recebimento, pelas farmácias, da comparticipação do Estado no preço de venda ao público dos medicamentos dispensados a beneficiários do Serviço Nacional de Saúde que não estejam abrangidos por nenhum subsistema*», sendo pacífico que a ADSE, assim como os demais acima nomeados, são subsistemas de assistência na doença. Conhecido o incumprimento endémico do SNS resta a dúvida se os efeitos daquele *Memorando*, celebrado à margem de qualquer participação ou audição das farmácias e, portanto, aparentemente fora de um procedimento negocial completo, poderão, ou não, repercutir-se na diminuição de garantias sobre a solvabilidade dos créditos das farmácias relativamente aos medicamentos que venham a ser prescritos por médicos do SNS. E até que ponto isso afectará, na prática, o direito dos cidadãos à comparticipação do Estado no momento de as farmácias lhes dispensarem os medicamentos.

³³ GIORGIO AGAMBEN, *Estado de Excepção*, tradução de Miguel Freitas da Costa, Lisboa, Edições 70, Setembro de 2010, p. 12.

³⁴ *Idem*, p. 13.

Apresentando-se essas medidas como formas não jurídicas mas que pretendem regular aspectos, até importantes, da vida social – que seria a missão específica do Direito - poderemos, também aqui, estar a testemunhar uma desconstrução da democracia com reversão a uma outra forma de absolutismo³⁵.

Esta abordagem surge associada, também, à supremacia do poder executivo – referenciando-se, a este propósito, épocas históricas em que aquele promoveu o estado de excepção como técnica governativa – subestimando a intervenção do parlamento que, através de leis de autorização, vai delegando no Governo um importante poder de regulamentação, forjada no molde das políticas que aquele, “excepcionalmente” defina e pretenda implementar, com especial destaque para as modificações de actos legislativos por simples actos normativos, ultrapassando a hierarquia das leis, e transformando-se, por esta via, os regimes democráticos herdados do Estado Liberal³⁶.

Mas não vimos, anteriormente, que o Estado Liberal, afinal, conhecia esta excepcionalidade?

A *force de loi* que tornava a lei intocável, mesmo pelo soberano, estende-se, para além do prestigiado acto legislativo, até aos actos normativos do Governo, os quais, ainda que formalmente categorias menores, sobrepõem àquele conceito o de eficácia da lei, eclipsando a distinção entre actos legislativos e actos do poder executivo.

Acresce a virtualidade de muitas dessas medidas excepcionais se traduzirem em actos políticos, ainda que vertidos em lei, podendo aniquilar o controlo judicial na medida em que os actos de carácter político estão subtraídos à judicialidade.

Na verdade, hoje, nem sempre é tarefa fácil definir, de entre os actos praticados pelos órgãos do Estado, em qual das suas funções deve cada um deles ser inserido: se na função política, na função legislativa ou na função administrativa.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ HERBERT TINGSTEN, *Les pleins pouvoirs. L'expansion de pouvoirs gouvernementaux pendant et après la Grande Guerre*, Paris, 1934, Stock, *apud* GIORGIO AGAMBEN, *ob. cit.* nota 33, p. 19.

Essa indefinição não poderá deixar de influenciar o universo de garantias de defesa dos particulares, tendo-se presente o disposto no artigo 4º, nº 2, alínea a), do ETAF³⁷, face às opções que vierem a ser feitas pelo Governo no que toca à definição e implementação de determinadas medidas, estas já de cariz político.

Por outro lado, especialmente na actual conjuntura política e económica, assiste-se a um incremento do recurso aos tribunais para impugnar qualquer acto normativo, ainda que seja acto legislativo, que contenha um *minimum* de medida susceptível de, por algum modo, alterar a posição jurídica dos cidadãos, o que em Acórdão do *Supremo Tribunal Administrativo* vem justificado pela «*dificuldade em traçar com clareza a fronteira entre a função política e a função administrativa que tem potenciado a perigosa e nefasta tendência, hoje infelizmente cada vez mais comum, de, na tentativa de se obterem ganhos imediatos, se procurar judicializar a função política e legislativa do Governo e dos restantes órgãos de soberania*»³⁸.

Avisados, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA referem o facto de não existir «*qualquer definição material de acto legislativo constitucionalmente estabelecida: nenhuma disposição constitucional obriga, por exemplo, que o acto legislativo envolva necessariamente normas gerais e abstractas*»³⁹.

E hoje é quase tudo político; a força reactiva que tende a tornar-se o corrosivo da juridicidade.

A questão está em saber se, tornando-se esta uma nova prática no agir do Governo – e, portanto, da Administração Pública – ela se limitará a situações de circunstâncias autenticamente anormais⁴⁰, que justifiquem, assim, medidas excepcionais ou se, banalizando-se o argumento da «*prosecução do*

³⁷ *Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais*, aprovado pela Lei nº 13/2002, de 19 de Fevereiro, publicada no *Diário da República*, 1ª série, nº 42, pp. 1324-1340, com a última redacção actualizada pela Lei nº 107-D/2003, de 31 de Dezembro, publicada no *Diário da República*, 1ª série, nº 301, 7º suplemento, pp. 8778(748)-8778(768), que procedeu à republicação do *Estatuto*. Reza, assim, o preceito referenciado: “*Está nomeadamente excluída do âmbito da jurisdição administrativa e fiscal a apreciação de litígios que tenha por objecto a impugnação de (a) actos praticados no exercício da função política e legislativa*”.

³⁸ Acórdão de 9 de Dezembro de 2010, proferido no Processo nº 855/10, consultado em 9 de Junho de 2011, no endereço electrónico www.dgsi.pt/jsta.nsf/.

³⁹ *In Constituição da República Portuguesa*, 3ª edição revista, p. 502, citados no Acórdão do *Supremo Tribunal Administrativo* de 12 de Novembro de 2009, proferido no Processo nº 390/09, consultado em 9 de Junho de 2011, no endereço electrónico www.dgsi.pt/jsta.nsf/.

⁴⁰ Faltando, depois, saber como definir essa «anormalidade».

interesse público» - o que quer que isso, em concreto, possa significar - evoluirá rapidamente para se constituir numa técnica comum e regular da actuação governativa.

Podrá, então, falar-se de uma «*democracia governamental*»⁴¹?

O «*estado de emergência económica*» que vem afligindo os Estados do século XXI, e que, logo no último quartel do século XX constituiu a tónica do discurso político para justificar, em nome da eficiência e da eficácia do serviço público, o desbravar dos caminhos da privatização, atalhando pela simplificação, desmaterialização ou desprocedimentalização, será a nova palavra de ordem de uma nova realidade jurídico-constitucional.

Autores como SANTI ROMANO, HAURIOU, MORTATI consideram que o «*estado de excepção*» ainda integra o ordenamento jurídico, fazendo «*parte do direito positivo*», constituindo a necessidade uma «*fonte autónoma do direito*»⁴².

Porém, outros autores, BISCARETTI, BALLADORE-PALLIERI, CARRÉ DE MALBERG entendem o «*estado de excepção*» como uma realidade extrajurídica, podendo ter «*consequências no âmbito do direito*»⁴³.

Não se pretende entrar na discussão sobre a juridicidade do estado de excepção, mas tão só registar que no actual cenário de (quase) aniquilação da democracia parlamentar, que cede o lugar à supremacia de um poder governamental que age e reage no mediatismo das emergências económicas e sociais, auxiliado pela “delegação” da competência legislativa – porque, parece, o legislador originário não é capaz de tudo prever – podem conduzir à criação de medidas limitadoras, e até castradoras, dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, justificadas com o estafado «*interesse público*».

E o povo soberano – que já não é titular do poder político, pese embora o postulado constitucional comum a muitos Estados de Direito democráticos, «*baseados na soberania popular*» em que a soberania «*una e indivisível*,

⁴¹ GIORGIO AGAMBEN, ob. cit. nota 33, p. 33.

⁴² *Idem*, p. 42.

⁴³ GIORGIO AGAMBEN, ob. cit. nota 33, p. 42.

reside no povo»⁴⁴ – muito pouco, quase nada, poderá fazer, pois, sempre poderão ser actos políticos⁴⁵.

...*.*.

⁴⁴ Cfr. texto dos artigos 2º e 3º, nº 1, da *Constituição da República Portuguesa*, na redacção da Lei Constitucional nº 1/2005, de 12 de Agosto, que aprovou a sétima revisão constitucional.

⁴⁵ Para tanto contribuindo a fértil imaginação de um advogado, talvez a anormalidade dos prejuízos causados aos interesses, e bens, do cidadão se possa sustentar nos danos morais que para ele resultam do sentimento de angústia pela dor e pela desorientação do indivíduo perante o colapso das instituições jurídicas, conquistadas para a consagração do Estado de Direito democrático, que acaba por ceder o lugar à já referida «*adhocratie*».



*“O Homem sempre teve, e o Homem sempre terá, a liberdade
de criar novas palavras ajustadas a cada época, à sua época.
Que as palavras são como as folhas: todos os anos morrem
algumas,
Enquanto outras nascem e prosperam como os seres humanos.”
(Horácio)*

II.I – Discricionariedade, um instrumento de criação do Direito.

II.I.I – A discricionariedade autorizada pela norma.

O Estado Social reafirma - agora para consolidar - a necessidade de conferir criatividade ao administrador, habilitando-o a escolher a solução que melhor preencha a hipótese legal, porque o legislador (originário) não pode tudo prever, o que acaba conferindo uma maior projecção da discricionariedade, desde logo, no desenho da técnica legislativa moderna.

A linguagem da lei aposta na textura aberta do enunciado normativo, numa época em que a realidade dos factos evolui na proporção inversa do refinamento da percepção do legislador em antecipar o futuro.

Não é a morte anunciada do *princípio da legalidade*, mas a mudança de papéis na criação e definição do Direito em que a protagonista é a actividade discricionária do decisor (pelo menos em alguns sectores da vida social).

O legislador deve criar regras claras sem dificuldade de interpretação e de aplicação; mas deve, ainda, ao que parece, autorizar a textura aberta das regras que só possam ser adequadamente aplicadas em confronto com os casos concretos cujos contornos não podem ser antecipados.

A nova técnica legislativa favorece a maior flexibilidade da lei, é certo, com a aposta nos conceitos abertos, repercutindo-se no conteúdo dos actos a praticar em que a actividade administrativa oscilará entre os actos vinculados e os actos discricionários, mas com crescente preponderância dos últimos.

O confronto com a realidade dos factos passa pela valoração, através de juízos axiológicos, da solução para encontrar a escolha acertada no trilho da satisfação do interesse público: a decisão eficiente, oportuna e justa, tomada pelo órgão que melhor conhece e, por isso, presumivelmente, mais capaz de formar a convicção correcta e adequada.

Admita-se, então, que é na descodificação do discurso jurídico que reside a força do Direito e a legitimação da Justiça.

Mas para que a tradução desse discurso seja compreensível e, portanto, aceite como uma palavra de justiça, num processo participativo, garante da

cidadania, mais importante do que a análise linguística do enunciado normativo é a sua comunicação.

O que invariavelmente se ouve, a leigos ao mundo jurídico, é a «*ininteligibilidade*», o «*hermetismo*» da linguagem e discurso jurídicos⁴⁶.

O enunciado normativo é tendencialmente hermético e opaco, nuns casos assinala-se-lhe “*excessiva verbosidade*” ou “*excessiva fraseologia*”, noutros aponta-se-lhe a “*redundância*” ou a “*complexidade sintáctica da frase*”, enfim, na crítica generalizada, traduz uma linguagem prolixa e confusa que dificulta o processo hermenêutico... até mesmo para os juristas.

Partindo à descoberta da norma, um dos escolhos que cabe aos tecnocratas contornar passa por escarpelizar a palavra ou o sentido da frase que se mostram no enunciado normativo para, a final, revelarem a norma que ele encerra.

Aparte a querela dogmática sobre os conceitos indeterminados, que certa doutrina arreda da problemática da discricionariedade – na medida em que, ali, tudo se resumiria à interpretação do sentido das palavras que admitiria uma única decisão a ser tomada, que, por isso, seria a perfeita – sabe-se que a norma não é perfeita: não pode prever minuciosamente todas as situações de facto e, por outro lado, a sociedade está em constante mutação, pelo que se a norma pretender continuar a regular os factos da vida há-de guardar alguma abertura para que o decisor melhor possa conformar essa volubilidade da vida ao Direito.

Simplifique-se, pois, a linguagem jurídica, passando a lei a *falar português claro* para que os seus enunciados sejam compreensíveis aos destinatários, desmistificando-se o processo interpretativo (mesmo para os juristas!).

A textura aberta da linguagem aplicada ao Direito, balançando entre a polissemia e a vagueza das palavras e, no primeiro caso, também das frases, alimenta a discussão sobre se os conceitos indeterminados configuram um exercício de discricionariedade ou, antes, uma questão de interpretação ou aplicação da lei; contudo, o problema parece consistir, verdadeiramente, em

⁴⁶ MARIA DA CONCEIÇÃO CARAPINHA RODRIGUES, “Discurso judiciário, comunicação e confiança” in *O Discurso Judiciário, a Comunicação e a Justiça, V Encontro Anual – 2008 do Conselho Superior da Magistratura*, s.l., Coimbra Editora, Dezembro de 2008, p. 35.

saber que palavras escolher para referenciar a realidade ou o objecto real, de modo a estreitar a fenda que separa o mundo real do mundo jurídico⁴⁷.

A linguagem a utilizar na norma é um espartilho para a descrição dos conceitos empíricos porque estes não esgotam todas as realidades que, idealmente, deveriam representar.

E, por conseguinte, se o Direito não se esgota na lei e, portanto, a lei não é onipotente, há que considerar outros subsídios, no domínio mais vasto, que é o *bloco de legalidade*.

Essa vastíssima extensão que é a legalidade – não esquecendo, ainda, a impregnação pelo Direito Europeu – vem adensar as *zonas de penumbra* na aplicação da lei, conduzindo o legislador a ceder a sua liberdade de conformação na escolha dos meios adequados à realização do fim legalmente permitido pela atribuição de discricionariedade à Administração que, privilegiando do conhecimento directo da diversidade das circunstâncias da vida social, saberá, também, procurar as regras e os princípios de direito que lhe apontarão o caminho da escolha certa, de entre as várias espécies de conduta igualmente possíveis.

Não nos ocupa aqui tanto discutir as especificidades próprias da discricionariedade, mas, atento o objecto do presente trabalho, compreender se o objectivo pensado para o exercício daquela na actividade administrativa se confirma, ainda hoje, mercê do novo propósito na actuação da Administração Pública tendente à satisfação das actuais necessidades sociais.

E, precisamente, o aspecto peculiar da justificação do exercício da discricionariedade, residindo no melhor domínio do conhecimento do caso concreto, fomentando o papel criador da Administração, suscita-nos uma primeira dúvida no domínio dos recursos hierárquicos que são apreciados e decididos por órgão diferente do autor do acto.

Independentemente da sua caracterização como recursos de reexame ou de simples revisão, deverão estes ser admitidos quando estejamos perante actos praticados no âmbito da discricionariedade?

É que, pela natureza do cargo ou função, admite-se que o órgão que é o autor do acto possa ter, de facto, um conhecimento e uma experiência

⁴⁷ MARIA DA CONCEIÇÃO CARAPINHA RODRIGUES, ob. cit. nota 46, p. 41.

funcional privilegiados sobre as circunstâncias que envolvem os diversos casos concretos que são submetidos à sua decisão e, assim bem informado, possa ponderar, segundo a sua convicção pessoal, a escolha do meio mais adequado.

Mas poder-se-á dizer o mesmo relativamente ao órgão que é seu superior hierárquico, na maior parte dos casos, assumido por um membro do conselho directivo ou do conselho de administração, no caso da Administração indirecta, ou por um membro do Governo, no caso da Administração directa, com assento lá no topo da hierarquia, tão distante do terreiro em que se agitam as inquietações dos comuns cidadãos?

Faltar-lhe-ia, atenta a distância e a falta da especialidade própria do cargo ou da função dos órgãos inferiores hierárquicos, o contacto directo e pessoal com as particulares circunstâncias do caso concreto que lhe conferisse aquele particular conhecimento que sustentaria a sua convicção pessoal da justiça e da correcção da solução achada e que legitimaria o exercício da discricionariedade.

Restar-lhe-iam, ao menos, os elementos informativos e documentais existentes no *dossier* administrativo, se bem composto segundo o *princípio da imparcialidade*...

Então, sendo assim, a partir de um conjunto de informação bem seleccionada e organizada e conhecendo as regras adequadas a aplicar será, afinal, possível a um qualquer órgão da hierarquia administrativa de determinado organismo ou serviço público tomar, ou promover a tomada, da decisão justa e adequada?

Parece-nos que haverá, ainda, um outro «*grão na engrenagem*»: vem sendo prática corrente, assertivamente em organismos com um âmbito de actuação a nível nacional, a elaboração e divulgação de denominadas “orientações” ou “circulares normativas”.

Esses documentos traduzem um conjunto de afirmações sobre os procedimentos e meios a desenvolver, e, por vezes, sobre o sentido em que deve ser aplicada determinada norma legal, para a tomada desta ou daquela decisão administrativa; são assumidos pelo órgão situado no topo da hierarquia

e têm como destinatários os órgãos dos serviços operativos⁴⁸, os quais figuram, na grande maioria dos procedimentos administrativos, como os autores dos actos que comportam a decisão, daí derivando o carácter autovinculativo destes *normativos* informais.

Estas “orientações” constituem *bitolas* «para a decisão habitual de futuros casos semelhantes»⁴⁹, com carácter informal e autovinculativo, assumindo particular interesse para os serviços operativos, precisamente, nos casos em que a interpretação e a aplicação da lei possam dar azo a decisões diferentes; razão pela qual, no intróito do respectivo texto, são, quase sempre, referenciadas palavras justificativas como “harmonização” e “uniformidade” de entendimentos.

Pressionados por apertados objectivos de desempenho, firmados nos cada vez mais exigentes planos de acção institucionais, que forcem a uma ginástica de recursos de vária ordem para conferir maior celeridade – e, portanto, mais eficiência – aos serviços, qualquer instrumento ou mecanismo que agilize procedimentos, simplificando ou eliminando formalidades que a prática quotidiana possa revelar como redundantes ou inúteis, para além da já propalada desmaterialização de documentos e processos, será, muito provavelmente, o *lenho do naufrago* na tormenta dos papéis que diariamente afundam a actividade administrativa.

Aquelas *cartilhas* se se tornarem habituais na actividade administrativa convencional, e passam a ser reclamadas pelos serviços, cada vez mais angustiados com a avalanche de requerimentos e perda de recursos, não poderão converter-se em parâmetros da informatização de procedimentos, mesmo para a formação da decisão, desenvolvendo-se, assim, num *mundo paralelo* e, por conseguinte à margem do actual *Código de Procedimento Administrativo*?

Referenciamos, a este propósito, as orientações genéricas visando a uniformização da interpretação e aplicação das normas tributárias, que, de

⁴⁸ No jargão da Administração Pública são commumente denominados serviços operativos os que, na estrutura orgânica, se situam ao nível distrital ou local e a quem compete ora a iniciativa do procedimento administrativo ora promover o andamento dos requerimentos apresentados pelos particulares, instruindo, preparando e, na maior parte das vezes, mercê de competência própria (embora nem sempre exclusiva) ou delegada, proferirem a decisão final.

⁴⁹ PAULO OTERO, ob. cit. nota 1, p. 919.

harmonia com a previsão do artigo 68º-A, da *Lei Geral Tributária*⁵⁰, podem resultar da conversão de informações vinculativas sobre questões de direito relevantes apreciadas no mesmo sentido em casos concretos, ou que seja previsível que o venham a ser.

E, segundo o artigo 68º, nº 15, da mesma *Lei*, as informações vinculativas caducarão em caso de alteração superveniente dos pressupostos de facto ou de direito em que assentaram.

Tendo em conta que essas orientações são documentos internos que, na sua grande maioria, não são divulgados por qualquer modo e de raríssima referência nos actos comunicados aos cidadãos – salva a previsão do artigo 56º, nºs 1 e 2, da *Lei* acima referida, sobre a criação de uma base de dados contendo as orientações genéricas com acesso directo pelos contribuintes - pode colocar-se um problema acerca do controlo da sua juridicidade.

Cremos, na senda do entendimento propugnado por PAULO OTERO⁵¹, que essa actuação não será completamente ajurídica, mas que, ainda assim, não deixará de «*enfraquecer a vinculação da legalidade*»⁵², por poder afectar de forma gravosa os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, de difícil controlo no domínio da responsabilidade por falta de um outro controlo efectivo desse agir casual, especialmente quando retrovertido para uma versão automatizada porque esta, ainda, carece de uma regulação específica.

⁵⁰ Aprovada pelo Decreto-Lei nº 398/98, de 17 de Dezembro, publicado no *Diário da República*, 1ª série, nº 290, pp. 6872-6892, com a última actualização introduzida pela Lei nº 55-A/2010, de 31 de Dezembro, que aprovou o orçamento do Estado para 2011, publicada no *Diário da República*, 1ª série, nº 253, suplemento, pp. 6122(2)-6122(322).

O artigo em referência foi aditado pela Lei nº 64-A/2008, de 31 de Dezembro, que aprovou o orçamento do Estado para 2009, publicada no *Diário da República*, 1ª série, nº 252, Suplemento, pp. 9300(2)-9300(389).

⁵¹ Cfr. ob. cit. nota 1, p.917.

⁵² *Ibidem*.

II.I.II – Vinculatividade ou discricionariedade?

BUCHMANN⁵³ coloca a discricionariedade numa posição *ex post* «*nem sempre há uma única alternativa, pois, de contrário não haveria discricionariedade*».

Segundo o Autor em referência, tradicionalmente a discricionariedade consiste na técnica legislativa que confere margem de livre decisão à Administração, porque os tecnocratas encontram-se melhor posicionados – em teoria, salvaguarda BUCHMANN - para conhecer a situação de facto e fazer a *escolha acertada* que prossiga o interesse público.

Se o *interesse público* – concretizado, porque por ele é conferido o poder discricionário - é um parâmetro decisório vinculado à justificação da actividade administrativa, como poderão existir várias alternativas de solução do caso concreto e todas elas admitidas pelo Direito e compatíveis com esse *interesse*?

Existem diversas administrações públicas que se *especializam* em determinados sectores económicos e sociais e a cada uma delas, relativamente às demais, poderá corresponder um diferente *interesse público*.

Mas, se assim for, a especificação de *interesses públicos* implica a sua determinabilidade e diferenciação o que favoreceria, em tese, a sua definição unívoca e, conseqüentemente, reduzir-se-ia o respectivo grau de discricionariedade⁵⁴ na fase da tomada de decisão.

Noutra perspectiva, a evolução das circunstâncias concretas em que os indivíduos convivem revela uma natural mutação, sem que essa constatação negue alguma estabilidade, de tal modo que a ponderação de uma determinada factualidade associada à prossecução de um desses específicos interesses públicos pode permitir a *normalização* de uma solução válida para casos semelhantes.

Noutro sentido, a presente reflexão conduz-nos, ainda, a uma outra realidade que designaríamos de *baixa discricionariedade*, composta pelas situações em que a margem de livre decisão se restringe, praticamente de

⁵³ Cfr. ob. cit. nota 1, p. 40.

⁵⁴ LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *O Direito Administrativo e a sua Justiça no Início do Século XXI. Algumas questões*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 52.

modo invariável, a um pequeno grupo de opções para escolha, ou quando não mesmo a *grau zero*.

Também nestas situações a ponderação das circunstâncias do caso concreto poderá conduzir à admissibilidade de *normalização* das restringidas soluções adequadas, ou apenas da única que acaba por se revelar como a decisão justa.

II.I.III – A conduta administrativa legítima ou a vinculatividade na discricionariedade

Se a discricionariedade não tange os pressupostos de facto previstos na hipótese legal e deixa, igualmente, intocável a vinculação ao fim previamente determinado na lei, então, percebido este no contexto em que deva realizar-se, logo se revelam os meios necessários a esse desiderato, funcionando a escolha discricionária na ponderação proporcionalística⁵⁵ dos efeitos jurídicos a produzir em função de um ou outro meio utilizado.

Na actual vaga de modernização administrativa, a ponderação há-de nortear-se pelas palavras-chave da apregoada reforma e que já se (re)conhecem como eficácia, simplicidade, economia as quais podem, por sua vez, constituir parâmetros estruturados teleologicamente.

Todavia, não pretendemos depreciar o valor que resulta da aplicação do método da ponderação para a realização do Direito, e, por vezes, também da Justiça, pela dificuldade de se preverem normativamente todos os efeitos relevantes que devam ser considerados na resolução de um problema.

Desconhecendo-se todos os factos, o que se revela na indeterminação da própria hipótese legal, não será, de igual modo, possível estatuir todos os efeitos jurídicos que devam derivar da previsão, o que pode traduzir a, igual, indeterminação do propósito da regra por não se admitir a adivinhação do futuro.

⁵⁵ Assumindo-se que na fase da decisão melhor contribuirá o *princípio da proporcionalidade*, sublinhando-se o protagonismo do *princípio da imparcialidade* na fase da instrução, e isto para falar dos *princípios* indispensáveis ao exercício da actividade discricionária.

O espaço de livre decisão ficará, assim, amplamente a descoberto para a conciliação dos factos relevantes – subsumíveis ou assimiláveis aos previstos na hipótese, de modo casuístico ou exemplificativo – e para a escolha dos efeitos jurídicos adequados.

Conduta que é legitimada pela exigibilidade, na instrução e na tomada da decisão propriamente dita, de observação dos princípios gerais de direito conformadores da actividade administrativa, como sejam, designadamente, o princípio da imparcialidade, da proporcionalidade, da igualdade – todos eles devendo, de algum modo, espelhar-se na motivação da decisão.

O virtuosismo dos princípios gerais de direito convocados para a ponderação da solução do caso concreto, no domínio da discricionariedade, parece assentar em duas características: o número indefinido de aplicações que podem assumir e o peso e importância diferenciada entre eles, que sempre conduzirão a uma solução do caso concreto que beneficiaria, por causa desse concurso, de racionalidade, de justiça e, até, de moralidade⁵⁶.

Na ideia de DWORKING, tais princípios são a concretização de imperativos de justiça, de honestidade e de moralidade, que valem por essa natureza intrínseca, nisso residindo a feição garantística dos particulares perante a actividade discricionária da Administração⁵⁷.

Se olharmos aos denominados limites imanentes da discricionariedade, como sejam os princípios que acima enunciámos, estes actuam como factores integrantes de determinado modelo lógico de raciocínio do decisor.

Como já se referiu, a observância desse modelo há-de transparecer no próprio acto através da fundamentação.

Mas, então, a condição de racionalidade do procedimento, e, portanto, a salvaguarda garantística dos interesses dos particulares, parece, satisfazer-se com a simples indicação de que foram relevados tais e tais factos e ponderados estes e aqueles princípios... qualquer que seja a solução que, no final, se venha a escolher, verdadeiramente segundo o «*livre parecer pessoal do funcionário administrativo*»⁵⁸.

⁵⁶ WILLIAM BUCHMANN, ob. cit. nota 1, p. 67.

⁵⁷ WILLIAM BUCHMANN, ob. cit. nota 1, p. 59.

⁵⁸ KARL ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, tradução de J. Baptista Machado, 10ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 214.

Nesse caso, a discricionariedade reside na escolha do modo de procurar a solução, ou seja, é um problema de escolha de *determinado* modelo de procedimento e não tanto da melhor solução para o caso concreto.

No entanto, diz-se que a solução será justa e, acima de tudo, eficiente, ou seja, a melhor possível em Direito, se o modelo procedimental tiver respeitado aqueles limites e isso mesmo se descortinar na motivação do acto que a materializar.

Mas bastará a verificação dos limites imanescentes da discricionariedade, para além da vinculatividade do fim e da competência, na ponderação do caso concreto com o bloco normativo aplicável?

Decisão racional será sempre a decisão justa?

Se é uma escolha de entre várias soluções, igualmente possíveis e defensáveis em Direito, produzindo-se decisões diferentes conforme as diferentes perspectivas dos diferentes funcionários que devem tomar a decisão, sem que daí derive uma violação de lei e até do Direito, no respectivo universo de legalidade, não deveria, então, ser indiferente a escolha de qualquer um desses sentidos decisórios?

Pensamos, precisamente, no conceito de *interesse público* que poderá ser aplicado em sentidos diversos.

O *interesse público* realizar-se-á na eurtmia do procedimento: nuns casos reger-se-á numa cadência unívoca repartida por andamentos parcimoniosos; noutros progredirá em crescendo, convocando gradualmente diferentes interlocutores para comporem os diversos interesses que devem estar representados na trama procedimental.

Se assim for, justificando-se nessa diferenciação a solução mais justa e a mais correcta, precisamente por resultar da ponderação de igual diversidade de circunstâncias do caso a decidir, escolhendo-se uma solução com diferente preponderância pela diferente casuística, de tal modo que a cada situação diferente há uma solução diversa, então, como parece dito por ENGISCH, o exercício da discricionariedade acabará por redundar numa sub-espécie dos conceitos indeterminados.

É que sendo certo que para uma situação diferente haverá solução, igualmente, diferente, ela será, todavia, unívoca, bastando para tanto,

interpretar a norma no sentido circunscritamente ajustado ao factualismo relevante do caso concreto, seguindo o modelo de procedimento, muitas vezes sugerido na interpretação do sentido da norma.

Se a actividade discricionária está vinculada à observância escrupulosa do fim e da competência e, por outro lado, está limitada à observância (não menos criteriosa), pelo método da ponderação, de princípios fundamentais da ordem jurídica, em especial os que orientam a actuação da Administração Pública, direccionando e condicionando objectivamente a decisão, então a actividade cognitiva e o raciocínio lógico não encaminharão o decisor para uma solução e só essa?

A menos que se insista que a característica determinante da discricionariedade é sempre a valoração individual, própria do domínio da subjectividade de quem decide – se bem que ciente da responsabilidade emergente da competência para o acto ou função.

Mas, nesse caso, a tomada da decisão é uma *roleta* em que a escolha das soluções alternativas, e por vezes até contraditórias, dependerá da competência e profissionalismo, não do órgão competente, entidade acéfala, mas do titular dele que em cada momento tiver o poder de facto de praticar o acto administrativo.

O critério do justo ou do correcto será (é) o particular ponto de vista (segundo a lógica jurídica, claro) de quem decide, com a força ou a fragilidade intelectual, mas também, cultural, social e pessoal, inerentes a toda a condição humana.

Situando-nos nessa perspectiva, e recordando a ideia de DWORKING⁵⁹ sobre a moralidade do procedimento, conseguida na convocação dos elementos vinculativos, é forçoso reconhecer que aquela subjectividade pode propiciar nos actos discricionários o surgimento de condutas que, afinal, podem ser consideradas imorais.

Não parecerá, então, que se acentua a incerteza do próprio conceito de justiça e do de racionalidade?

⁵⁹ *Vidé supra*, pág. 31.

Se a resposta for afirmativa, então como distinguir, mesmo que a solução seja fundamentada, quais os meios ou procedimentos que foram, de facto, adequados, uma vez que, em tese, todos eles podem ser justos e racionais?

A génese histórica do actual Estado de Direito, ainda prenehe do *princípio da legalidade* e do *princípio democrático* (legitimação da actuação pública) aceita conciliar-se com esta “*exteriorização de individualidade*”⁶⁰?

Admitimos que nem todas as situações da vida social devam reclamar um espaço de livre decisão; a necessidade da discricionariedade variaria em função da peculiar natureza de cada administração pública e, dentro de cada uma delas, em função da natureza de determinados interesses públicos que, por sua vez, sugeririam logo o adequado procedimento administrativo.

Numa perspectiva heurística, parece pacífico que os normativos apresentam uma *textura aberta* das palavras que compõem os respectivos enunciados e que, em virtude dessa característica, na aplicação da norma ao caso concreto subsiste sempre uma zona de incerteza face à diversidade de situações da vida social, ficando na sombra da dúvida situações que não são facilmente subsumíveis à hipótese da norma.

A análise criteriosa do enunciado normativo – seja ele construído pelo método casuístico, de cláusula geral ou, em harmonia, pelo método exemplificativo – no contexto do caso concreto, por um processo de dessemantização, mostrará, muitas vezes, a insuficiência ou a rigidez das categorias legais previstas.

Mas uma vez feita a descoberta da solução ajustada à peculiaridade de determinado caso concreto – que passa, então, a constituir o caso paradigmático - os demais que surjam futuramente e apresentem circunstâncias similares poderão, certamente, ser resolvidos aplicando-se-lhes a mesma solução.

Recorde-se o exemplo que extraímos da *Lei Geral Tributária*, que apresentámos no desenvolvimento do precedente item II.I.I.⁶¹.

Deste modo, o caminho de descoberta interpretativa, desbravado pelos decisores administrativos, seguindo a via da discricionariedade, pode acabar por conduzi-los mais longe do que a criação do direito para o caso concreto em

⁶⁰ KARL ENGISCH, ob. cit. nota 50, p. 223.

⁶¹ *Vidé supra* p. 27.

análise e permitir, outrossim, a generalização de uma regra por abstracção das particularidades do caso paradigmático justificativas da regulação.

Claro que a incompletude das descrições empíricas, que integram a hipótese da norma, tenderá sempre a encobrir outros casos na imprevisibilidade e infinitude do mundo em que vivemos...

Mas o Direito, assim como a Justiça, propendem à paz social o que induz à juridicidade e, portanto, à necessidade de converter os procedimentos em normas jurídicas que possam ser previamente conhecidas pelas pessoas em razão da segurança e confiança jurídicas.

Pode suceder que as circunstâncias da vinculação aos imperativos teleológico e de habilitação e a imprescindível convocação dos princípios fundamentais que actuam como limites imanentes da discricionariedade, permitam, de certo modo ou em certas situações, a padronização de uma estrutura lógica do pensamento determinante da aplicação das regras que autorizam um espaço de livre decisão.

Não se pressinta nesta perspectiva uma vocação formalista, mas, por se ter verificado, na nossa experiência vivencial, que os fins justificam os meios objectivamente apontados para alcançar o resultado pretendido, ou seja, num raciocínio teleológico de descoberta do concreto interesse público, na maior parte das vezes, deduzir-se-ão os meios adequados.

O problema é como ponderar o *princípio do interesse público*, em que *interesse público* é, talvez, o conceito paradigmático de discricionariedade.

Em nome do *interesse público* quase toda a actividade administrativa pode ser justificada; medidas políticas, vertidas em actos legislativos e administrativos, encontram nesse conceito a legitimação para se imporem em sacrifício de interesses privados, o que significa que, no confronto desse princípio com outros, não será difícil prever a sua preponderância.

É pacífico o entendimento de que a intervenção, e a actuação, do Estado têm como pressuposto teleológico o *interesse público*.

Mas em que é que, na verdade, se consubstancia o *interesse público*?

Dogmaticamente é um conceito (normativo) indeterminado, mas que, na verdade, não se descobre pela hermenêutica, reclama, antes, uma valoração.

Mas quem valora: o legislador, o governante ou o decisor?

Se a finalidade da actuação discricionária é vinculativa pressupõe a sua prévia identificação e densificação na lei (por princípio, entendida em sentido formal), competindo ao decisor a escolha dos meios racionais para o realizar de forma correcta e adequada.

Mas e quando o legislador é, na verdade, o próprio decisor?

Esta manifestação da conceptualização do *interesse público* dissemina o próprio conceito que se vai pulverizando nas mais (im)prováveis justificações e legitimação da actividade administrativa.

E, portanto, de tão banalizada que vem sendo a invocação do *interesse público*, talvez, já não se saiba o que isso significa exactamente, no contexto justificativo da actividade administrativa (discricionária).

Como já referimos noutro passo do presente trabalho⁶², com a passagem ao Estado Social, o *princípio da legalidade administrativa* constituiu não só o fundamento mas, também, o limite da actuação administrativa.

A configuração política da Administração Pública aponta para uma realidade mais complexa do que aquela constatação, pois, se é o programa de Governo que orienta a tendência do Direito, influenciando directamente no conteúdo das normas, percebe-se que se continue a afirmar que o *princípio da legalidade* constitua o fundamento da actuação pública.

Mas já não compreendemos como é que esse mesmo princípio possa constituir um limite às escolhas que a Administração Pública entenda fazer se o conteúdo da lei é conformado precisamente pelas próprias escolhas por ela feitas previamente e impostas pelo programa de Governo.

A Administração Pública não parece ser, assim, uma serva da lei – e, do ponto de vista histórico, parece, igualmente, que nunca o foi, dada a tendencial supremacia do poder executivo sobre o poder legislativo⁶³ - mas o *princípio da legalidade*, hoje, talvez, mais do que ontem, parece servir melhor os interesses da Administração Pública, para quem se reclama “a natureza de um poder independente”⁶⁴ numa difícil conciliação com os direitos dos cidadãos.

⁶² *Vidé supra* págs. 12-14.

⁶³ *Vidé supra* págs. 9 e 12 e notas 12-13.

⁶⁴ ROGÉRIO E. SOARES, ob. cit. nota 1, p. 13.

II.I.IV – Das garantias dos particulares: em especial, a fundamentação e o princípio da imparcialidade

O controlo do respeito do bloco principiológico é feito *a posteriori*, invariavelmente em sede contenciosa.

E podem os tribunais julgar todos os actos públicos?

Se a lei não define o que deve ser entendido como «*acto político*», como garantir o equilíbrio justiça-cidadania, sobretudo hoje que os cidadãos são *arrastados* pelos atalhos de um «*estado de excepção*», de que ainda não se conseguiu perceber se porá termo à conjuntura de crise da justiça ou se a agravará?

A textura aberta das normas que visem conferir discricionariedade ao decisor não poderão, na verdade, agravar ainda mais a opacidade e hermetismo do discurso jurídico, ao deixar ao critério da oportunidade e conveniência da Administração a criação do direito em concreto?

O rigor jurídico, que se pretende que resultará da melhor resolução do caso concreto pelo expediente da discricionariedade, não acabará, na verdade, por aumentar o fosso existente entre o cidadão e a Administração⁶⁵?

No âmbito das ciências da linguagem, a pragmática ensina-nos, e o Direito corporiza, que o contexto auxilia à descoberta do significado do discurso, fazendo a correspondência entre a vontade e a declaração.

E se a linguagem jurídica há-de ser a «*linguagem dos factos da vida*»⁶⁶, da «*experiência comum*»⁶⁷, não deverá essa linguagem ser falada e escrita em termos compreensíveis para o cidadão comum⁶⁸?

Citando T.R.FERNANDEZ, «*la diferencia entre discrecionalidad e arbitrariedad solo puede analizarse a partir de la motivación de las decisiones adoptadas, criterio que, más allá de una dimensión meramente formal, implica la necesidad de que las decisiones se encuentren debidamente fundamentadas*

⁶⁵ «*Não esqueçamos que quanto maior for a especialização de uma determinada área do saber, maior será o afastamento do cidadão comum e maiores as dificuldades de comunicação*», cfr. WILLIAM BUCHMANN, ob. cit. nota 1, p. 44.

⁶⁶ RUI DO CARMO, «*Concisão, compreensibilidade, segurança e rigor jurídico – ingredientes da linguagem judiciária*», cf. ob. cit. nota 46, p. 62.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Ainda que se admita a discutibilidade da fixação de um critério definidor do que deva entender-se por «*cidadão comum*».

desde una consideración objetiva, concluyendo que esta exigencia ha de ser más estricta cuanto más intensas sean las posibilidades de elección de la Administración»⁶⁹.

Mas a fundamentação, que servirá para explicar o sentido da decisão, mormente quando se trate de actos discricionários, pode ser capciosamente densa, com demasiadas referências a normas, regras e princípios jurídicos, quando não prolixa em citações doutrinárias e jurisprudenciais, nem sempre coerentes com o sentido último da decisão e muitas vezes, através delas, concretizando-se enviesadamente o *princípio da imparcialidade* – recorrência em pareceres ou informações de preparação à tomada de decisão, com maior evidência em recursos hierárquicos.

Redundante em textos enfadonhos ou incompreensíveis para os destinatários do acto, leigos em tal matéria e que, no final da leitura, não captam o (bom ou mau) fundamento da decisão que lhes diz respeito, distraíndo-se os factos e argumentos jurídicos relevantes na prolixidade do discurso motivacional, o que significa, igualmente, não compreender onde assenta a exigida racionalidade do procedimento que permita aferir se a decisão é justa ou se há motivos para a sua impugnação, a fundamentação acaba sendo, afinal, uma ilusão garantística.

Assim, se tolhe, na maior parte dos casos, o entendimento dos interessados e se confunde a lei e necessariamente a justiça.

Nesse *charivari* os comportamentos da Administração vão subvertendo a ordem jurídica com a ilusão do interesse público por erosão das normas vinculativas - ainda que só em alguns aspectos como no caso dos actos discricionários - proporcionalmente ao incremento da angústia pela incompreensão e pela frustração da confiança no sistema jurídico.

Aumenta a litigiosidade, convocando-se, mais vezes do que o desejável, os tribunais garantes ulteriores de “*um mínimo de coerência e unidade ao sistema jurídico*”⁷⁰.

⁶⁹ El régimen jurídico de la e-Administración – El uso de medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo común, 2ª edición, Granada, Editorial Comares, 2007, p. 40.

⁷⁰ MÁRIO BELO MORGADO, “Administração judiciária e comunicação organizacional”, cf. ob. cit. nota 46, p. 62.

II.II - A exigibilidade de uma actividade administrativa diferente

II.II.I – A organização inteligente

BENVENUTI⁷¹ recomenda que «a ciência do direito administrativo não deve ser uma teoria geral intemporal, válida no plano puramente lógico, mas reflectir a Administração concreta do seu tempo, oferecendo uma visão compreensiva e sintética da realidade».

Será, pois, útil à Ciência Jurídica, em particular ao Direito Administrativo, considerar a visão sociológica sobre a evolução da sociedade e dos diferentes domínios da realidade.

A ponderação das diferentes necessidades de uma sociedade mais exigente e mutante, que interagem na actividade da nova Administração Pública, mais do que a mudança da organização estrutural, releva, especificamente, no processo de formação do acto administrativo enquanto produto final eficaz e eficiente na perspectiva do cidadão.

Começa, então, a falar-se na *organização inteligente*, perpassando esta pela criação de uma estrutura e sentido de acção criados e desenvolvidos em harmonia com os valores e objectivos correlacionados, promovendo a intervenção em rede intra e interdepartamental e privilegiando a coordenação e a mobilização dos actores da cena administrativa, com vista ao reforço da relação de confiança entre os cidadãos e a Administração Pública e da percepção da responsabilidade social, o que há-de culminar no eficaz e eficiente cumprimento dos objectivos da actuação pública.

É uma nova cultura (organizacional) que se vem intentando desenhar a partir da partilha de valores éticos, princípios e normas (sobretudo metajurídicos) que necessariamente condicionam o comportamento dos actores que interagem na organização institucional e que influenciam o contexto jurídico em que essa mesma actuação deve ser enquadrada, nomeadamente, no que respeita aos agentes que exercem a competência do órgão.

⁷¹ Citado por RUI CHANCERELLE DE MACHETE, “O Direito Administrativo Português no último quartel do século XX e nos primeiros anos do século XXI”, in *O direito contemporâneo em Portugal e no Brasil*, coordenação Ives Gandra da Silva Martins e Diogo Leite de Campos, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 199-217, p. 208.

Impõe-se a mudança radical dos hábitos e comportamentos dos cidadãos, mas, sendo certo, que o maior desafio da transformação social será conseguir a adaptação cultural, organizacional e comportamental dos serviços e organismos da Administração Pública.

Desenham-se novas opções gestonárias para combater a denunciada ineficiência tradicionalmente assinalada nas organizações burocráticas.

Pese embora a mudança de paradigma que aposta na libertação do decisor para conseguir a melhor conformação da vida social ao Direito (a inversa, também é verosímil), a cultura na organização não se liberta dos vícios do passado ao mesmo ritmo daquela mudança, correndo-se, então, o risco de os seus agentes transportarem em si os efeitos perversos dos comportamentos anteriores, transpondo-os para a nova realidade, boicotando o seu sucesso.

MACHIAVELLI disse que *«não existe nada mais difícil para fazer, mais perigoso para dirigir ou mais incerto no sucesso, do que tomar a liderança na introdução de uma nova ordem das coisas»*....

A cultura deve ser, ela própria, o resultado de um processo interventivo, e, por vezes, interversivo, pois, é necessário (re)instruir e (re)educar, corrigindo, aprovando ou estimulando comportamentos e práticas que (pelo menos, em tese) optimizam a qualidade do serviço público e, simultaneamente, constituem um mecanismo de controlo da organização.

A mudança comportamental poderá passar, então, pela aprendizagem em contexto real da organização para aquisição das novas competências, prevenindo-se os riscos de resistência e de boicote.

Sempre que ocorram mudanças na organização institucional terá de promover-se uma nova reflexão sobre a cultura organizacional que deverá acompanhar as inflexões da mudança, concluindo-se ora pela formulação de novos valores, princípios ou normas, ora pela simples adaptação dos já aculturados no sentido de harmonização com a nova metodologia.

II.II.II – As regras do jogo: o modelo de procedimento administrativo português

A cadeia das fases procedimentais estará pensada para assegurar a racionalidade teleológica da própria decisão final: a escolha dos melhores meios para obter a solução mais correcta e justa.

E é no plano concreto que a Administração é desafiada a demonstrar que a realização da actividade administrativa consegue, simultaneamente, a prossecução do interesse público, cumprindo a imposição legal do *princípio da eficiência* e não depreciando as garantias dos particulares.

A eficiência no procedimento poderia, também, constituir uma garantia dos particulares... ou talvez não.

Seja como for, afinando pelo diapasão da eficiência e da eficácia, a modernização administrativa traça um modelo de desempenho que tem por estribilho «*simplificar, desmaterializar, desprocedimentalizar*», o que, pretende-se, caracterizará uma moderna organização, que se quer mais célere, mais simples, mais informal.

Discute-se, então, sobre a aptidão do modelo de procedimento português vigente, se bem que essa matriz parece já admitir alguma margem de escolha pelo decisor quanto às formalidades e trâmites a adoptar ou a dispensar no concreto tratamento das situações submetidas à decisão da Administração.

Na era actual das tecnologias da informação e da comunicação é natural que se pense na possibilidade de utilização dos meios informáticos pela Administração Pública, que, por isso mesmo, vêm sendo divulgados como uma ferramenta ao serviço da eficácia.

Mecanismos que tornam a actividade administrativa mais célere, mais transparente e mais comprometida com os cidadãos, na medida em que agilizem o acesso destes quer aos documentos administrativos, em geral e nos termos que a lei o admitir, quer aos procedimentos em que cada um deles é parte interessada, o que poderá ser optimizado, com a imposição de um

dever⁷² sobre a própria Administração, no sentido de esta se relacionar com aqueles por meios electrónicos, e, por essa via, recebendo formulários e documentos dos particulares e remetendo-lhes as comunicações e notificações que ao caso couberem.

Está em jogo uma nova forma de conceber a actividade administrativa e, especialmente, os comportamentos relacionais da Administração e dos cidadãos.

Poderá colocar-se a questão sobre se o actual modelo do procedimento administrativo deve cingir-se a algumas adaptações de espécie compatível com um novo suporte – agora electrónico – ou se, na verdade, deverá ir mais longe e repensar a própria filosofia subjacente às opções consagradas no texto do *Código de Procedimento Administrativo* vigente.

Muito provavelmente, como primeiro aspecto para discussão, não deixará de vir à liça da automatização do procedimento a querela sobre o âmbito da sua codificação.

Verifica-se a tendência para formalizar o procedimento – definindo-se e caracterizando-se como a sucessão de actos que se combinam para a obtenção de um resultado que, na maior parte dos casos, será a formulação de uma decisão administrativa – conferindo-lhe uma disciplina formal e, mais ou menos, rígida, consoante a formalidade seja, também ela, mais ou menos, tangível à esfera de direitos e garantias dos interessados no procedimento.

Divide-se, então, a doutrina entre o arremesso dos inconvenientes da codificação que, movida pela estética, poderá encerrar normas «*inúteis*» ou «*inconvenientes*» para regular a situação concreta, na presunção de conhecer as «*soluções boas e definitivas*», aniquilando a criatividade da Administração

⁷² Se não se estabelecer essa possibilidade como uma obrigação, os particulares, e até a própria Administração, por razões de prudência, não deixarão de remeter os seus requerimentos e documentos, também, em suporte papel, duplicando-se o esforço, que antes era único, e não se consolidando a desejada desmaterialização. É o que sucede hoje; casos há, nomeadamente no âmbito do contencioso, em que até os advogados que remetem para tribunal as suas peças processuais, quando o fazem no último dia do prazo, enviam, à cautela, um outro duplicado por telecópia.

No entanto, deverá ponderar-se a eventual previsão de um dever dessa natureza que passa por pensar e aceitar que nem todos os particulares têm acesso facilitado aos meios electrónicos que lhes permita cumprir tal exigência, sem que os seus direitos e garantias fiquem prejudicados por essa impossibilidade.

Pública quanto à melhor conformação do direito aplicável,⁷³ e o assesto das vantagens de pôr «*ordem na actuação da Administração Pública*», conferindo «*unidade sistemática e coerência*», com ganhos de eficácia da actividade correspondente e numa perspectiva mais garantística para os particulares, com uma nota especial para o seu direito de participação no procedimento⁷⁴.

Numa perspectiva, o protagonismo na actividade administrativa pode ser a tramitação do procedimento, segundo regras procedimentais definidas, sendo mais importante o controlo interno feito pelo e para o desempenho do aparelho administrativo, requerendo uma disciplina mínima, embora, segundo o princípio de *due procedure*, conveniente para o objectivo a alcançar, e que é, ele próprio, a realização do interesse público⁷⁵.

Neste sistema, provavelmente, a informatização do procedimento não causará escolhos, na medida em que o programa informático será capaz de definir claramente e executar desembaraçadamente determinado *iter* procedimental, o que nem precisará de ter especiais exigências de formalização⁷⁶, bastando que permita, de modo automatizado, o controlo do desempenho dentro do procedimento, atingindo-se a final o mesmo objectivo que é a prossecução do interesse público, que se esgotou no desenvolvimento do próprio procedimento, sendo irrelevante o modo de formalização da decisão última.

A questão aqui residirá em saber se a informatização de um procedimento com aquele figurino permite manter a mesma «*lógica de garantias preventivas*»⁷⁷.

Noutra perspectiva, a preocupação pode centrar-se no modo de formação da decisão, relevando-se a observância e concretização de princípios gerais de direito, especialmente do direito administrativo, com enfoque para a existência de situações que conferem à Administração margem de livre decisão, como seja a consideração dos *princípios da imparcialidade* e da *proporcionalidade* e o *princípio da participação dos interessados*, de tal modo

⁷³ ROGÉRIO E. SOARES, “Codificação do procedimento administrativo”, in *Direito e Justiça*, v. 6, Lisboa, 1996, pp. 17-24, pp. 22 a 24.

⁷⁴ FAUSTO DE QUADROS e AA. vários, “Procedimento Administrativo”, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, volume VI, Coimbra, Atlântida, 1994, p. 473.

⁷⁵ ROGÉRIO E. SOARES, ob. cit. nota 73, p. 18.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ *Ibidem*.

que é na decisão final que se controla, essencialmente pela motivação do acto correspondente, se foram, ou não, observadas essas exigências procedimentais.

Nesta dimensão ganha foros de autonomia a análise circunstanciada do caso concreto, para ele se convocando todos os factos e argumentos jurídicos relevantes – aqui ganha relevo a discricionariedade na zona de decisão do caso concreto, na aplicação do método da ponderação de princípios concorrentes e, até, conflituantes – nisso se realizando o interesse público.

A Administração Pública assume, nesse caso, o papel de criadora ou conformadora do direito, actividade essa desenvolvida no contexto das peculiaridades ou especificidades do caso concreto que, não só, impõem a diversidade na enformação da decisão final, mas, desde logo, diferenciação, convergente ou divergente, em relação a um dado modelo de tramitação, do procedimento que a cada caso se apresentar como mais adequado.

A disciplina do procedimento administrativo mantendo a estrutura de uma sucessão de actos coordenados à obtenção, em regra, de uma decisão, há-de ser, para aquele efeito, uma matriz adaptável, também, em função das especificidades do caso concreto.

Ora, precisamente porque os casos concretos são, por natureza, variáveis, independentemente de se distinguir, neste momento, o grau de variabilidade, consoante se trate de actos vinculados ou discricionários, compreender-se-á que haja a quem, para um procedimento deste tipo em que não convém a imposição de regras procedimentais formais e rígidas⁷⁸, repugne a informatização do procedimento, e para mais, se culminar na automatização da decisão final.

Aqui a questão a apurar é saber se a síndrome do «*Estado de polícia*»⁷⁹ encontra remédio, de facto, segundo a ordem prática das coisas, na propalada liberdade de decisão, na actual conjuntura da actuação administrativa, afastando-se o espectro da informatização que, de harmonia com outras vozes, só iria retornar àquele passado.

⁷⁸ ROGÉRIO E. SOARES, ob. cit. nota 73, p. 20.

⁷⁹ *Ibidem*.

ROGÉRIO SOARES⁸⁰ fala de dois modos de controlar a adequação da actividade administrativa: (1) o legislador fixa em abstracto quais são os actos que devam ser praticados e (2) a Administração Pública monitoriza, avaliando as soluções encontradas.

Interrogamo-nos se a automatização permitirá a criação de procedimentos especificamente adequados à análise das diversas e heterogéneas situações concretas, pressupondo, é claro, uma triagem prévia, com tipologias procedimentais mais adequadas em função da diferenciação de situações a processar, ora procedimentos simples e expeditos, ora procedimentos complexos e criteriosos⁸¹, embora assente num núcleo de princípios e regras fundamentais cuja natureza garantística deva impor-se, qualquer que seja o procedimento.

É não só a criatividade, mas também a engenharia procedimental que a Administração Pública deve desenvolver na sua nova performativa de consensualização dos interesses em confronto e conseguindo eficiência na sua actuação, isto é, aquilo que ROGÉRIO SOARES expressou como «*a solução que seja mais conveniente no difícil equilíbrio de interesses*»⁸².

A simples previsão legal de regras e princípios, fixados, geralmente, num normativo de procedimentos, que devem ser observados nas sucessivas fases de formação do acto administrativo, prevenindo *desvios* da *potestas* administrativa e garantindo a defesa dos direitos dos particulares, pode não ser suficiente.

A lei, para que se efective, deveria ser como *a mulher de César*: não basta que seja proficiente é ainda necessário que pareça proficiente.

Assim será, se a Administração Pública, além de estar adstrita a uma lei que estabelece normas fundamentais para a boa adequação do procedimento, venha a agir cumprindo, de facto, uma *boa administração*, o que deve ser controlado, preferencialmente, no lado do campo em que joga a Administração.

Dir-se-á, no entanto, que para isso lá estará o controlo judicial para repor a legalidade dos comportamentos da Administração.

⁸⁰ ROGÉRIO E. SOARES, ob. cit. nota 73, p. 21.

⁸¹ PAULO FERREIRA CUNHA, *O procedimento administrativo*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 102.

⁸² ROGÉRIO E. SOARES, ob. cit. nota 73, p. 24.

Assim deveria ser.

Contudo, razões de ordem prática na óptica dos cidadãos resignam-os a arrepiares caminho da via judicial: a demora na resolução dos processos e os custos, com taxa de justiça e honorários de advogados, constituem, muitas vezes, pesados ónus que não chegam a ser oportuna e convenientemente compensados com a decisão da sentença final – que pode chegar só daí a alguns anos - donde essa justificação, de que o particular tem sempre o último recurso aos tribunais, poder vir a ser entendida como *palavras cínicas*.

Porque se concorda que o interesse público serve a sociedade, na medida em que é definido pela integração das necessidades dessa mesma sociedade, de tal modo que o desempenho da Administração na sua prossecução há-de ser, igualmente, a resposta ou a resolução das carências e exigências daquela – e nesse sentido deveria entender-se a *função pública* – é que se justifica repensar qual a nova filosofia do procedimento, ou melhor, dos procedimentos a adoptar e, principalmente, de que modo deve a Administração cumpri-los, de facto.

Não quer com isto dizer-se que o figurino de procedimento hoje existente não contenha já as normas nucleares para a conformação de um modelo procedimental próprio de um Estado de Direito democrático; o que poderá faltar, e em alguns sectores faltar com certeza, é disciplinar a Administração Pública, não tanto no âmbito técnico, mas inculcando-lhe a cultura da *função pública*, a que acima fizemos referência⁸³, já que, tendencialmente, aquela «*tarda em conformar-se com as exigências da Democracia e do Estado de Direito*»⁸⁴.

Perguntar-se-á: o que quer dizer inculcar a cultura da *função pública*?

Não poderemos deixar de trazer a terreiro a nossa experiência profissional no domínio do direito administrativo real: a actividade administrativa, tal qual é desenvolvida no quotidiano dos serviços e organismos da Administração Pública.

Certamente que não temos a pretensão de considerar a nossa experiência como exaustiva dos casos concretos ou mais representativos da realidade que nos propomos apresentar; porém, julgamos que os casos que

⁸³ *Vidé supra* II.II.I, pág. 39-40.

⁸⁴ FAUSTO DE QUADROS, ob. cit. nota 74, p. 471.

conhecemos não serão exemplo único, específicos só de alguns serviços ou organismos.

Não raras vezes, fomos confrontados com a displicência de alguns tecnocratas, especialmente dirigentes, perante as regras e princípios de direito administrativo que alguns juristas aprenderam a considerar como o fundamento básico da construção de um procedimento administrativo.

Sabe-se que existe *qualquer coisa* a que se usa chamar *Código do Procedimento Administrativo*.

No que quer que seja realmente essa *coisa* é já uma outra dimensão obscura do conhecimento não vislumbrável para alguns *servidores do Estado*.

Nas mesas de trabalho pejadas de papéis ou nas estantes atafalhadas de *dossiers*, na maior parte dos casos, não se vislumbra um exemplar do dito *Código*.

São comunicações e notificações que não se fazem ou formalidades, como a audiência prévia que não se realizam - de facto - por uma alegada razão de economia de meios e custos⁸⁵.

Na corrida desenfreada para cumprir objectivos de eficiência e celeridade, não arriscando guilhotinar os cargos de chefia, já de si periclitantes⁸⁶, no cepo do desempenho inadequado, não há tempo a perder com a performativa do dever de fundamentação, menções obrigatórias de actos e notificações e, muito menos, com a ponderação dos subsídios da informação relevante.

⁸⁵ Num passado ainda não muito longínquo, certa direcção-geral aprovou para uso dos serviços de um determinado instituto público uma matriz de ofício pelo qual se poderia notificar o interessado no procedimento de uma *intenção* de indeferir a sua pretensão. No final desse ofício, fora da visibilidade dos campos que continham o objecto da notificação e da motivação do indeferimento, em letras miúdas, era acrescentado que se o interessado não enviasse elementos novos – e os serviços interpretavam «elementos» como só factos, e não factos e argumentos - no prazo de 10 dias úteis a contar da recepção do ofício – que, aliás, seguia por correio simples – considerava-se automaticamente indeferida a pretensão. A tal *intenção* dissimulava – e nem sequer com especial subtileza – a decisão final do procedimento, *mandando às urtigas* a audiência prévia, sem qualquer justificação, não se reconhecendo nela um meio de participação dos interessados na formação da decisão, por tantos, apontado como ferramenta de consensualização e inibidora da conflitualidade.

⁸⁶ É este um período *horribile* para muitos dirigentes sobre cujas cabeças pende a medida de redução desses cargos em todos os ministérios e organismos da Administração Pública, dada a actual conjuntura crítica sobre o controlo da despesa pública. Os cargos de chefia, que, para alguns, já não eram suficientes, passam a ser menos ainda; as pessoas neles interessadas é que aumentam na razão inversa...

No caso específico da audiência prévia, podemos, até, pensar naqueles procedimentos que consistem na verificação dos elementos apresentados pelos particulares interessados, designadamente o preenchimento dos requisitos previstos na lei e a apresentação dos documentos exigidos e que, por outro lado, a avaliação a fazer pela Administração assenta nas prestações a efectuar pelos próprios candidatos, condicionadas pelo seu mérito e desempenho pessoais – de que é paradigma os que se destinam à selecção e recrutamento de pessoal – relativamente aos quais não repugnaria admitir a dispensa daquela formalidade.

Nesses casos, a discussão em torno da realização da audiência prévia deveria partir da reflexão sobre se neste tipo de procedimento terá utilidade a existência, ou pelo menos a efectivação dessa fase procedimental, uma vez que a actuação da Administração está limitada à constatação da existência de documentos que comprovem cada um dos parâmetros densificadores dos requisitos legais elegíveis, valorando-os, conjuntamente com os resultados das prestações dos interessados, através de adequadas fórmulas matemáticas.

O maior sucesso da pretensão do interessado dependerá, praticamente, da responsabilização dele próprio que, sendo diligente e interessado, levará ao procedimento todos os documentos exigidos, podendo mesmo juntar outros que considere pertinentes à melhor conformação do seu interesse, e empenhando-se seriamente em efectuar a melhor prestação.

A produção de alegações pelo interessado numa fase de audiência prévia, na grande maioria desses procedimentos, nada acrescentaria de relevante aos elementos que já constassem do respectivo *dossier* e que, obrigatoriamente são apresentados na fase de instrução do procedimento, e, portanto, em nada ofendendo o seu direito a uma tutela efectiva de defesa, confirmando-se, assim, a inutilidade de ser concedido prazo aos interessados para se pronunciarem sobre os correspondentes projectos de decisão⁸⁷.

Mesmo admitindo que algumas formalidades previstas no *Código do Procedimento Administrativo* possam ser desajustadas perante a simplicidade

⁸⁷ Neste sentido, DAVID DUARTE, *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*, Coimbra, Livraria Almedina, 1996, p. 130.

da resolução de alguns casos concretos, não nos parece, contudo, prudente deixar ao critério de uma *peçoal convicção* dos agentes da Administração Pública escolher, em cada momento, quais as formalidades que deve, ou não, cumprir, pois, em muitos casos essa opção fundamenta-se, não numa desejável ponderação do circunstancialismo específico que envolve certo caso concreto, mas por desconhecimento da lei reguladora desse procedimento e ou pela considerada *perda de tempo e desperdícios de custos* com aquilo a que alguns chamam de *minudências*...

Uma realidade será existirem técnicos e dirigentes que, de forma conscienciosa e criteriosa, ponderam escolher umas e dispensar outras formalidades ou trâmites do procedimento; outra realidade, bem diferente, é eles fazerem a mesma opção mas pela falta de paciência ou pela pressa de *limparem* processos das respectivas mesas de trabalho.

É a este último contexto que nos referimos quando discorremos sobre a falta de cultura do serviço público ou da *função pública* que deve ser reintroduzida na Administração Pública, com maior agudeza na época actual em que estribilhos de celeridade e eficiência pendem mais para uma desprocedimentalização *à la mode* do que para uma adequada ponderação de interesses privados e público no contexto do Direito e da Justiça.

Esta afirmação vale *mutatis mutandis* para a formação da decisão administrativa propriamente dita.

É que poderemos estar a assistir, pelo enviesamento da modernização administrativa, ao regresso da Administração Pública à posição de autoridade que apenas serve os seus próprios interesses⁸⁸.

Como disciplinar a rebeldia da Administração dentro de um procedimento que se quer que seja, de facto, racional e justo para obter-se a decisão mais adequada e consensual?

Instrumentalizar as garantias logo no início do procedimento não contribuirá para uma real composição dos interesses público e privado, reduzindo a conflitualidade?

... * * ...

⁸⁸ ROGÉRIO E. SOARES, ob. cit. nota 73, p. 20.



*“Um dos maiores contributos da ciência
reside na sua capacidade para direccionar a sua investigação
e as suas teorias no sentido de as articular
com os problemas reais das pessoas.”*

(Roger Savy)

III. A Administração Pública e a informática

III.1 – A modernização tecnológica na Administração Pública

O dever de *boa administração* vem, hoje, associado à concretização da exigência de eficiência e ou de eficácia, significantes da racionalidade organizativa, quer na perspectiva da actividade administrativa, quer na salvaguarda das garantias dos particulares.

A articulação destas duas perspectivas reclama, segundo os arautos reformistas, uma mudança no modo de prestar o serviço público, prescrevendo, contra a obsoleta máquina administrativa, maior celeridade na tramitação do procedimento, simplificação (quando não seja a eliminação) de formalidades, desformalização de actos e termos, desmaterialização de *pastas* e *dossiers*.

A melhoria da *performance* do serviço público passará, parece que, de entre outras medidas, pela introdução a *alta velocidade* da informática na actividade administrativa, com vista ao incremento da qualidade e da eficiência dos serviços públicos, na prossecução do interesse público que, para esse efeito, é entendido como sendo o desenvolvimento produtivo, social e cultural da sociedade civil.

Encoraja-se activamente a utilização de ferramentas avançadas, resultado de soluções tecnológicas com um crescente grau de sofisticação, no domínio das infra-estruturas da informação e da comunicação (TIC).

Somos (quase) diariamente envolvidos pela difusão assertiva de novas tecnologias de informação e comunicação que se insinuam no nosso quotidiano de trabalho.

É uma invasão de procedimentos administrativos com tratamento informático, com a inevitável repercussão na formação da decisão administrativa, reorganizando-se circuitos, formalidades e trâmites procedimentais, visando auxiliar os cidadãos e a própria Administração a mais facilmente gerirem o universo das relações administrativas com uma apregoada economia de meios, de esforços e de tempo.

Circunstancialismo a que não é alheio o fenómeno da europeização, determinante da modernização administrativa, que, no contexto da

harmonização europeia, exige uma atenção cuidadosa sobre o nível de competição internacional.

É, então, uma nova era de sistemas inteligentes de informação e de comunicação, através da gestão electrónica de expedientes e da promoção da participação interactiva dos cidadãos, por via de novos canais de relacionamento, na lógica do «*balcão único*», dos «*quiosques interactivos*», do registo telemático, do acesso à informação e da comunicação pelos portais electrónicos, estimulando uma relação mais próxima e proactiva entre a Administração e o cidadão.

Em Portugal as medidas mais emblemáticas das tecnologias da informação – focalizadas no desenvolvimento tendencial da racionalização de custos e melhoria da flexibilidade de serviços partilhados, com transferência de informação entre administrações e maior acessibilidade do cidadão – que vêm sendo introduzidas na Administração Pública têm-no sido sob a égide do programa governamental SIMPLEX e, numa perspectiva mais institucional, também pela (re)formulação de procedimentos no âmbito das administrações fiscal e de segurança social.

Tecnologias, como o correio electrónico, «*arquivos digitais*» com acesso directo pelos cidadãos e partilha de informação entre administrações, a multimédia interactiva, com a audioconferência e a videoconferência, a utilização de computadores portáteis, de telemóveis, *iphone* e *ipad* – referenciando-se apenas os de maior consumo – revolucionam a estrutura, actuação e interacção de uma organização, até à realização da tarefa mais trivial.

Formalidades e trâmites procedimentais que aprendemos a reconhecer na matriz do nosso *Código de Procedimento Administrativo* sofrem modificações, ou mesmo aniquilação, de difícil controlo pela falta de uma legalidade procedimental especificamente ajustada.

Pensamos, justamente, na nova forma de efectivar notificações e comunicações, na convocação e deliberação em assembleias, na realização de diligências instrutórias no confronto com o *princípio do inquisitório*, na prolação de decisões pela aplicação informática no confronto com a imputação e responsabilização ao órgão competente, cujo modelo regulador contido no

Código não é, igualmente, traduzido na sua concretização, agora, pela via informática.

Nos últimos tempos tem sido publicitada uma avalanche de medidas implementadas no âmbito do referido Programa SIMPLEX, especialmente na administração autárquica – provavelmente, porque mais estimulada pela proximidade com a sociedade – de que destacamos as seguintes:

- Arquivo Municipal e Urbanismo de Loures desmaterializam processos;
- Câmara Municipal de Braga promove a desmaterialização progressiva de documentos de serviço;
- Câmara Municipal de Vieira do Minho implementa a medida “Despacho na hora”;
- Prova escolar para abono de família e bolsa de estudo disponíveis no sítio da Segurança Social;
- Simplificação do acesso à informação predial;
- IMTT simplifica a emissão de licenças de aprendizagem.

Podem ver-se no novel *Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social*⁸⁹ algumas formalidades e trâmites electrónicos, como sejam a apresentação da declaração de remunerações (artigo 41º), a declaração de início de actividade dos trabalhadores independentes (artigo 143º) e a partilha de informação entre a administração fiscal e a de segurança social (artigo 143º).

No preâmbulo do Decreto Regulamentar nº 1-A/2011, de 3 de Janeiro⁹⁰, reconhece-se o privilégio da comunicação electrónica com as instituições de segurança social e no acesso à informação fornecida directamente pelos serviços públicos envolvidos, regulando-se, no corpo do diploma, a utilização da *Internet* pelas entidades empregadoras para as comunicações, apresentação de requerimentos e cumprimento das respectivas obrigações declarativas (cfr. respectivos artigos 2º, 22º e 23º).

Já no âmbito da administração fiscal destacamos a autorização para o Governo legislar sobre notificações electrónicas a efectuar pela Direcção-Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo, prevista no artigo 142º da Lei nº 55-A/2010⁹¹.

Essa previsão refere-se especificamente à consagração da possibilidade de se efectuarem notificações por transmissão electrónica de dados, no âmbito do procedimento

⁸⁹ Aprovado pela Lei nº 110/2009, de 16 de Setembro, publicada no *Diário da República*, 1ª série, nº 180, pp. 6490-6528. A segunda e última alteração, até à data do presente trabalho, foi introduzida pela Lei nº 55-A/2010, de 31 de Dezembro, que aprovou o orçamento do Estado para 2011, publicada no *Diário da República*, 1ª série, nº 253, suplemento, pp. 6122(2)-6122(322).

⁹⁰ Publicado no *Diário da República*, 1ª série, nº 1, suplemento, pp. 8(4)-8(16). Regulamenta o *Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social*.

⁹¹ *Vidé supra* nota 89.

tributário e dos procedimentos de desalfandegamento das mercadorias, bem como à regulação das formas de notificação, presunção de notificação e respectiva elisão, (artigo 142º).

Da mesma Lei em referência, recortamos, ainda, a previsão da simplificação do licenciamento de diversas actividades económicas com acesso à informação entrada no «*balcão único electrónico*», (artigo 147º).

Acompanhando, ainda, os passos da administração fiscal electrónica referimos a previsão da disponibilização por meios electrónicos dos elementos necessários à realização e confirmação de diligências e o «*leilão electrónico*», sediados, respectivamente, nos artigos 185º e 248º do *Código de Procedimento e de Processo Tributário*⁹².

Por último, assinalamos o projecto «*idades digitais europeias*», lançado em quatro redes urbanas, entre elas a TELECITIES, implementado em Portugal em 1998 com a cidade digital Aveiro, que constitui uma rede aberta de cooperação para o desenvolvimento urbano concertado pela telemática, criada pela comissão de cooperação tecnológica da EUROCITIES em 1993, e que passa pela automação dos procedimentos desenvolvidos no âmbito da administração local e, eventualmente regional.

Resulta da aplicação informática utilizada a possibilidade de os titulares dos órgãos administrativos, locais e regionais, efectivarem uma troca de experiências e articularem sobre temas do urbanismo na procura de soluções comuns, no universo das cidades e regiões envolvidas no projecto.

Essa imensa ferramenta tecnológica permite a incorporação de uma grande diversidade do *saber-fazer*, de conhecimentos e de experiências, promovendo, com essa partilha aberta, o consenso sobre o desenvolvimento de uma infra-estrutura harmonizada num maior número de serviços públicos.

Feito o balanço da aplicação das medidas de tecnologias da informação, essencialmente, por via do programa SIMPLEX, a OCDE⁹³ concluiu sobre os resultados conseguidos com as correspondentes reformas do sector público, designadamente:

- Promoção da interoperabilidade e interconectividade entre serviços públicos, bem como a normalização do tratamento de dados
- Fortalecimento da cooperação entre os vários ministérios para o trabalho em rede
- Empenho em conseguir uma nova cultura do serviço público
- Adopção de um novo modelo de distribuição de serviços públicos, reorganizado numa versão integrada e multicanal

⁹²Aprovado pelo Decreto-Lei nº 433/99, de 26 de Outubro, publicado no *Diário da República*, 1ª série, nº 250, pp. 7170-7215, com a última actualização introduzida pela Lei nº 55-A/2010, de 31 de Dezembro, que aprovou o orçamento do Estado para 2011, publicada no *Diário da República*, 1ª série, nº 253, suplemento, pp. 6122(2)-6122(322).

⁹³ Consultado em 08/09/2011 no endereço electrónico www.simplex.pt/outrasAvaliacoess/outrasAvaliacoess.html.

- Melhoria da eficácia e da eficiência da Administração Pública, mediante a partilha de recursos e informação entre serviços num esforço de colaboração e cooperação entre todos.

Noutros países europeus, iniciativas semelhantes têm sido desenvolvidas, referenciando-se os planos ADELE⁹⁴ (França) assinalando-se, em particular, «*mon.service-public.fr*» que permite a cada cidadão gerir *online* o conjunto de requerimentos e pretensões deduzidas perante as administrações públicas, facilitando a transmissão de documentos entre elas e aligeirando trâmites procedimentais, bem como o «*Public Services Broker*» (Irlanda), «*Government Gateway*» (Reino Unido) e «*Government E-Link*» (Suécia).

Quase todos os procedimentos ou medidas informatizados pretendem fundamentalmente erradicar a proverbial burocratização, apostando na simplificação e desmaterialização, para melhorar as comunicações entre a Administração e os cidadãos, ou entre os diferentes organismos e serviços que nela se integram.

Os «*téléprocedures*», seguindo a terminologia francesa, estão, assim, vocacionados para a promoção do acesso rápido e económico à informação depositada nos arquivos digitalizados das repartições públicas, da melhoria da qualidade das relações entre os cidadãos e as administrações públicas, da partilha e informação relevante à decisão dos procedimentos entre as diversas administrações públicas, optimizando o direito dos cidadãos à informação sobre os requisitos e condições necessários à melhor expressão das suas pretensões.

Em Portugal, contribuíram, ainda, para esse efeito a definição do regime jurídico aplicável aos documentos electrónicos e à assinatura digital⁹⁵, bem como aplicações informáticas de gestão documental e de utilização de documentos electrónicos⁹⁶.

⁹⁴ Consulta efectuada em 08/08/2011, no endereço electrónico www.senat.fr.

⁹⁵ Definido no Decreto-Lei nº 290-D/99, de 2 de Agosto, publicado no *Diário da República*, 1ª série, nº 178, Suplemento, pp. 4990(2)-4990(10), com as alterações introduzidas pelos Decretos-Lei nºs 62/2003, de 3 de Abril, publicado no *Diário da República*, 1ª série, nº 79, pp. 2170-2185, 165/2004, de 7 de Junho, publicado no *Diário da República*, 1ª série, nº 157, pp. 4072-4073, 116-A/2006, de 16 de Junho, publicado no *Diário da República*, 1ª série, nº 115, Suplemento, pp. 4330(4)-4330(8) e 88/2009, de 9 de Abril, publicado no *Diário da República*, 1ª série, nº 70, pp. 2159-2175.

⁹⁶ Referimo-nos, concretamente, a uma aplicação informática designada por SmartDocs que consiste num sistema de gestão sistemática e automatizada da correspondência e de documentação, independentemente do respectivo suporte (documento em papel ou documento

Na verdade, a utilização dos sistemas informáticos na actividade da Administração Pública tem consistido, generalizadamente, na recolha e registo de um manancial de informação que auxiliará o decisor a poder conhecer todos os elementos relevantes, de facto e de direito, para a análise das situações concretas e determinação das escolhas adequadas e pertinentes⁹⁷ e na agilização das comunicações entre os cidadãos e as administrações.

Numa outra dimensão, a principal preocupação jurídica com a utilização da informática centra-se, por ora, na protecção dos dados pessoais e na segurança e fidelidade no tratamento de dados; falta, no entanto, a definição de uma base jurídica sobre a própria automação de procedimentos e regulação das relações jurídico-administrativas desenvolvidas no ambiente informático, surgindo, aqui e ali, normativos que, em áreas sectoriais, autorizam a automatização dos procedimentos.

Aparte as questões respeitantes ao acesso (legítimo) a certas bases de dados, parece ser pacífico o entendimento doutrinário que caminha no sentido da utilidade e da mais-valia que os sistemas informáticos, enquanto arquivos digitais de informação global, conferem à qualidade da decisão administrativa⁹⁸.

Como antes sugerimos, a informática vem aparecendo como *remédio* para os males de uma Administração Pública «enferrujada» por métodos de acção e procedimentos que a paralisam, impedindo que aquela funcione de forma a satisfazer adequadamente as pretensões dos interessados⁹⁹.

electrónico) ou da sua origem (telecópia, correio electrónico ou digitalização), objecto das comunicações interna e externa de um organismo ou serviços públicos.

A sua utilização permite uma poupança de espaço físico, no armazenamento e pesquisa, e a eliminação de cópias em papel, realizando a pretendida desmaterialização dos processos, cumprindo objectivos, designadamente, de melhoria dos procedimentos administrativos de registo e de circulação de documentos, de garantia de acesso rápido, seguro e fácil a todos os documentos e alcançando uma maior produtividade e eficiência, através do recurso à utilização generalizada de meios informáticos.

Da realização dos objectivos indicados deverá, ainda, resultar um maior controlo e melhor manuseamento de toda a informação existente no organismo ou nos serviços. E permite, ainda, a formulação directa de despachos e decisões.

⁹⁷ NINO VALENTINO, "L'informatica nella pubblica amministrazione", in *Banche didati e diritti de la persona: atti del Convegno di Verona, 2 giugno 1984/promosso dall'Istituto Giuridico Italiano e dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Verona con il patrocinio della Banca Popolare di Verona*, Padova CEDAM, 1985 (I libri dell'Istituto Giuridico Italiano, 2), p. 49.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ NINO VALENTINO, ob. cit. nota 97, p. 50.

Mas será que o cumprimento do dever de *boa administração* pela realização da exigência de eficácia impõe, necessariamente, a modernização tecnológica na Administração Pública?

O novel *modus operandi* de um procedimento informatizado não irá incrementar a tensão entre a eficácia da actividade administrativa e as garantias dos cidadãos?

III.II - Obrigação ou mera faculdade da Administração Pública em aderir à tecnologia informática?

É inegável que as tecnologias de informação vêm conquistando largos espaços de intervenção, mesmo nos domínios da Administração Pública.

Parece, igualmente, conciliado o entendimento de que o uso da informática potencia a aprendizagem e auxilia tarefas de execução objectiva e rotineira, porque susceptíveis de serem fixadas em programas, forçando a nossa adaptação a essa forma de acção e interacção.

Esta valorização deve ser reconhecida, mas sem a ingenuidade «*com quem se o povo néscio engana*»; antes com a preocupação de sopesar as vantagens *versus* os inconvenientes.

A informática não é, ainda, aceite, em todo o universo da Administração Pública, como uma ferramenta auxiliar na obra de renovação da máquina administrativa¹⁰⁰.

Contudo, a reflexão que se faça, à margem das posições doutrinárias que sobre ela se debruçam, e qualquer que seja o sentido em que discorram, não pode ignorar que o avanço tecnológico da informática irá conduzir-nos a um estágio de desenvolvimento que, muito provavelmente, implementará o que hoje é dificilmente pensado, em nome da premente modernização administrativa, pelo que não deverá descurar-se a importância do tema nem da sua discussão de uma forma aberta e sem preconceitos.

¹⁰⁰ NINO VALENTINO, ob. cit. nota 97, p. 52.

A complexidade da organização administrativa exerce uma importante influência, muitas vezes com efeitos perniciosos, sobre a capacidade e qualidade das respostas a que a Administração é chamada a prestar.

Deveria, por isso, ser uma «*prioridade*» na reforma da Administração Pública definir os contornos e as características desta realidade que é a utilização da informática.

A resposta à questão formulada no título do presente item dependerá do resultado da reflexão que se faça sobre o modo efectivo como se procede à utilização generalizada da informática nas administrações públicas.

Naquele sentido, avisa NIGRO VALENTINO da necessidade de preparação dos tecnocratas, técnicos e dirigentes, para trabalharem em novos moldes, o que adquire uma especial acuidade no domínio da informatização da actividade administrativa.

É uma reestruturação profunda de métodos de trabalho, reordenação de tarefas e operações, reformulação do sentido de hierarquia administrativa, tudo isso porque se quer uma nova filosofia de serviço público, que obriga, mais uma vez, à aprendizagem de uma nova cultura organizacional e comportamental que é necessário promover: informando, formando e integrando.

Numa realidade, como é a das administrações públicas portuguesas, em que, ainda no início deste milénio, existiam trabalhadores que, nos seus serviços, não tinham acesso a um computador ou, como fomos recentemente confrontados, um procurador da República que preferia a comunicação por telecópia justificando-se com a sua falta de *habilidade* para lidar com o correio electrónico, a mudança de paradigma cultural não será uma batalha de vitória fácil, ou sequer conseguida, pelo menos no momento imediato, senão no final de um trabalho árduo e sério.

Torna-se, então, necessária a melhoria dos parâmetros jurídicos condicionantes da actividade administrativa no ambiente informático, flexibilizando-os para a correcta mudança da organização na aquisição de um melhor conhecimento e compreensão da utilidade e necessidade do recurso à sociedade da informação, pensando-se seriamente no planeamento e controlo

da introdução dos mecanismos informáticos na actuação de cada uma das administrações públicas.

É fundamental a gestão do conhecimento correlacionado com a acção de serviços e pessoas e a sua conjugação com o conhecimento técnico adequado para uma actuação administrativa mais eficiente e capaz de, por sua vez, produzir um novo conhecimento.

Portanto, antes de se lançar a primeira pedra da automatização da actividade administrativa – e num ensaio de resposta à questão inicial - deverá ser necessário um apelo a uma tarefa pedagógica da informática – «*Scuola dove l'informatica didattica è necessaria quanto la didattica dell'informatica*»¹⁰¹ – orientada para a sensibilização da importância do uso do computador e sistemas operativos e aplicativos, bem como para constatar se os tecnocratas possuem um razoável conhecimento da máquina, que é o computador, como factores a considerar na formação dos trabalhadores da Administração Pública e, fundamentalmente, na formação dos seus dirigentes, cabendo a estes últimos um importante contributo na modernização pela iniciativa e criatividade que sejam capazes de revelar no exercício dos seus cargos no serviço público¹⁰².

Sem que os dirigentes tenham consciência e disponibilidade comportamental para assumirem um papel verdadeiramente dinamizador na informatização, a começar logo no domínio da burótica, agilizando técnicas de automatização de trabalhos e tratamento de texto e imagem da comunicação, toda a discussão em torno da emergência e configuração jurídica de um procedimento administrativo informatizado, ou electrónico – compreenda, ou não, a automatização da decisão final - ficar-se-á apenas por um projecto (bem) intencionado.

Há-de ser essa uma tarefa criteriosa na comunicação dos argumentos e factos justificativos da mudança tecnológica para garantir a sua melhor compreensão por todos os actores da cena administrativa, obviando-se aos riscos da «*perda da hegemonia das competências*» e da info-exclusão de agentes da Administração e cidadãos.

¹⁰¹ NINO VALENTINO, ob. cit. nota 97, p. 58.

¹⁰² NINO VALENTINO, ob. cit. nota 97, p. 59.

O desenvolvimento da administração electrónica potencia, de facto, mudanças culturais, mas deve ter-se em conta que o enquadramento da nova ordem organizacional deve adoptar a lógica do cidadão utilizador, dependendo o seu sucesso, precisamente, da confiança dele no funcionamento do sistema.

Aqui, o conceito de democracia sofre, também ele, uma metamorfose, passando, agora, a falar-se numa «*democracia digital*» ou «*teledemocracia*».

Afinal, é a construção de uma nova democracia, ou talvez diferentes aplicações do conceito genético de democracia, que, seja como for, há-de exigir uma reformulação da legitimidade e da legalidade administrativas que, sem perda dos princípios jurídicos basilares intemporais, tem de mudar as matrizes pelas quais se tem vindo tradicionalmente a guiar a actuação administrativa.

III.III – Automatização da decisão administrativa: visitação de alguns doutrinadores

A resenha doutrinária que, de seguida, passaremos em revista não foi criteriosa, nem pretende ser exaustiva; é apenas a que nos foi possível atenta a nossa capacidade de investigação, sendo certo que a intenção principal é lançar alguns dados de reflexão por causa da resiliência quanto à informatização das decisões administrativas, e, sobretudo, quando sejam, ainda, discricionárias.

Começando pela doutrina portuguesa, referenciamos PEDRO GONÇALVES¹⁰³ que reconhece argumentos positivos para o uso generalizado da informática no mundo do direito, em particular do direito administrativo, e que sendo comuns a outros doutrinadores, já anteriormente afloradas, como seja o facto de potenciar a «*racionalização e modernização administrativas com o aumento da produtividade*», fomentar a «*melhoria da eficiência e da eficácia da actuação administrativa*», de que resultará, subsequentemente, a

¹⁰³ “O acto administrativo informático. (O direito administrativo português face à aplicação da informática na decisão administrativa)”, in *Scientia Iuridica*, Tomo XLVI, Braga, Universidade do Minho, 1997, pp. 47-95.

«uniformidade e igualdade» no sentido e alcance da decisão administrativa e, por outro lado, «melhor qualidade do trabalho do funcionário», contribuindo, finalmente, para reduzir a «distância entre o cidadão e a Administração»¹⁰⁴.

Ainda no domínio da doutrina portuguesa, encontramos VASCO PEREIRA DA SILVA que entende depender a informatização da decisão administrativa da articulação entre o direito da informática e a ciência da administração porque a informatização vai não só impor alterações na actividade decisória da Administração, mas, também, afectar a estrutura organizatória dos seus serviços e órgãos, bem como o procedimento decisório que envolve o cidadão¹⁰⁵.

O Autor, agora referenciado, critica a ideia de que as operações automatizadas não são controladas pelo direito pelo facto de a decisão não ser produzida por meio de intervenção humana, pois, refere ele, que aquela informatização tem como pressuposto a intervenção do homem na preparação dos programas informáticos que produzirão essas decisões, bem como, no estágio final, a utilização do computador.

Explica VASCO PEREIRA DA SILVA que o que realmente importa é que se trate de uma decisão da Administração Pública, independentemente da sua forma de produção, através da máquina ou por intervenção humana, uma vez que o direito debruça-se sobre a decisão em si, sendo certo que não deixam de valer aqui as regras da competência e da imputação das decisões às autoridades administrativas¹⁰⁶.

E porque as decisões informatizadas não são diferentes das convencionais, a Administração Pública continuará vinculada ao cumprimento dos princípios e regras enformadores do Estado de Direito, pese embora a necessidade de regulamentação adequada às especificidades do procedimento, da forma, da protecção jurídica e da prova¹⁰⁷.

Para o Autor os programas informáticos têm a natureza jurídica de regulamentos por conterem regras, com carácter geral e abstracto, a que fica submetida a prática da decisão, constituindo as decisões automatizadas actos

¹⁰⁴ *Idem*, p. 49-51

¹⁰⁵ Em Busca do Acto Administrativo Perdido, Coimbra, Almedina, 2003, p. 482.

¹⁰⁶ A. e ob. cit. nota 106, p. 483.

¹⁰⁷ A. e ob. cit. Nota 106, p. 485.

administrativos – «*produtoras de efeitos jurídicos individuais e concretos, unilateralmente determinados pela Administração*»¹⁰⁸.

Na vizinha Espanha consultámos JULIÁN VALERO TORRIJOS¹⁰⁹ que considera estar pouco desenvolvida a utilização da informática nas decisões administrativas mercê das dificuldades dogmáticas e normativas que se suscitam a respeito.

Reafirma, ainda, que as normas, regras e princípios, reguladores da actividade administrativa convencional devem estar, igualmente presentes quando essa actividade se exerce por meio da informática, só sendo, por conseguinte, possível a automatização da actividade administrativa na medida em que sejam observadas as exigências procedimentais com as mesmas garantias mínimas que se impõem à actuação convencional da Administração, obrigando a uma justificação sólida para a introdução da informática nesse domínio, sob pena de se enfraquecerem os direitos individuais dos cidadãos a que faltassem os meios técnicos necessários para se relacionarem do mesmo modo com a Administração.

O Autor em referência acentua a utilidade dos meios informáticos na actividade administrativa no sentido de aqueles conferirem a esta maior transparência, conjugando as necessidades operativas dessa actividade com o direito de acesso à informação por parte dos cidadãos, optimizando o tratamento da informação e simplificando as comunicações, internas e externas.

A tónica da informatização encontra-se, também aqui, na melhoria das relações comunicacionais da Administração com os cidadãos, com particular destaque para o acesso à informação administrativa e o envio de requerimentos pelos cidadãos e do recebimento por eles das correspondentes notificações.

E nesse sentido explica o conceito de «*registro electrónico*» como uma modalidade de registo informático caracterizado pela sua aptidão para «*dejar constância de las actuaciones administrativas o de los ciudadanos entabladas a distancia*»¹¹⁰.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ Ob. cit nota 69.

¹¹⁰ Cfr. ob. cit. nota 69, p. 109.

Entendendo que o procedimento administrativo constitui uma realidade com substancialidade própria e é independente do suporte em que se materializa a sua tramitação, sugere que, para a sua automatização, bastaria especificar as singularidades apresentadas pelos meios informáticos, electrónicos ou telemáticos¹¹¹.

A aposta na modernização tecnológica da Administração, fundamentada no *princípio da eficácia*, consagrado na Constituição espanhola, é associada a um outro princípio, o da *boa administração*, não devendo a eficácia da actividade administrativa ser levada tão longe que dela resulte uma simplificação administrativa pela qual «*se reduzcan de manera sustancial los tiempos y plazos de los procedimientos administrativos (...) no por ello hay que precipitar la decisión administrativa*»¹¹².

Em 1983 VITTORIO FROSINI afirmava que o computador, então já um instrumento de transformação profunda da Administração Pública, representava uma «*nuova figura di pubblico funzionario, ovviamente in senso metafórico*», dotado de um zelo incansável e livre de fraquezas humanas¹¹³.

FROSINI registava que o interesse da Administração Pública no uso de computador fora reclamada mais pela capacidade e eficiência demonstradas na sua aplicação prática do que pela utilidade científica já conhecida.

Evocava a experiência do Japão que, a 30 de Agosto de 1968, formulara um «plano para o uso de computadores nos ministérios e serviços do Estado», fundamentado em algumas ideias chave de que se destaca a última, que consistia na criação de «*um sistema informático de alto nível*»¹¹⁴.

E considerava o exemplo japonês ilustrativo da correlação entre a evolução da sociedade e a adequação da administração pública, resultando claro, como elemento «*inovador e distintivo*» da moderna Administração

¹¹¹ TORRIJOS atribui a diferente designação em informáticos, electrónicos e telemáticos à singularidade do processo normativo que foi, sucessivamente, empregando as denominações indicadas. A última regulação normativa sobre o tema fixou-se na expressão *electrónicos* com um sentido amplo, atenta a generalização do uso dessa expressão para designar os fenómenos relacionados com a informática, sobretudo com a *Internet*.

¹¹² Cfr. ob. cit. nota 69, p. 110.

¹¹³ Cfr. “L’informatica e la pubblica amministrazione” in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milano, a. 33, n. 2 (1983), pp. 484 e 491.

¹¹⁴ *Idem*, p. 485.

Pública, o uso da «*tecnologia electrónica*» no campo das relações jurídicas entre o Estado e os particulares¹¹⁵.

O compromisso da Administração Pública na introdução da informática na sua actividade concretizar-se-ia em duas dimensões: uma externa, motivada pelos novos interesses e exigências resultantes da transformação da sociedade; outra interna surgida da autovinculação a exigências de eficiência e de produtividade de que deverá revestir-se aquela actividade relacional.¹¹⁶

Considerava FROSINI que a distinção entre as duas dimensões era relativa, servindo, no entanto, para demonstrar que a dificuldade de adaptação da Administração ao mundo da informática derivaria do facto de o procedimento de «*automazione amministrativa*» ter vindo a ser «*induzido*» pela constante transformação da sociedade.

Outra consideração feita pelo Autor, agora em referência, respeita à articulação entre a lei ou disposição regulamentar, que contém comandos ou instruções dirigidas ao funcionário, que é um ser humano, e o computador que recebe, elabora e transmite o texto legislativo ou regulamentar mas não o aplica, na medida em que essa aplicação ao caso concreto está dependente da iniciativa do funcionário.

No entanto entende que o sistema informático resolve os constrangimentos do acesso a uma completa informação jurídica, permitindo uma pesquisa criteriosa face ao objectivo tido pelo investigador (e que pode ser um órgão decisor na fase instrutória do procedimento)¹¹⁷.

Essa característica de *facilitador* de pesquisa obrigará, no entanto, a uma revisão da técnica legística no aspecto da colocação sistemática e racional das normas, logo no momento da sua formulação.

A este respeito FROSINI evoca o exemplo de uma lei alemã, de 5 de Setembro de 1969, intitulada «Princípios provisórios para a elaboração de regulamentos emitidos electronicamente», que assentava nas seguintes directivas: (1) simplificação e generalidade das normas; (2) unidade e constância das normas; (3) recolha de factos e regularidade dos comportamentos previstos; (4) univocação das normas, evitando o emprego de

¹¹⁵ *Idem*, p. 486.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ Cfr. ob. cit. nota 114, p. 488.

termos iguais para designar conceitos diferentes e contradições lógicas; (5) evitar formalidades inúteis, como a assinatura do acto administrativo informático; (6) participação de técnicos informáticos na preparação do acto administrativo ou legislativo¹¹⁸.

A Ciência da Administração orientar-se-ia no sentido de encarar o Estado, e, portanto, o aparelho da Administração Pública, como um modelo informático de emissão programada de dados respeitantes a informação, comunicação e decisão de comportamentos políticos e administrativos¹¹⁹.

O problema da responsabilidade administrativa, ou seja, o controlo do seu próprio funcionamento, traduzir-se-ia, então, na responsabilidade do funcionamento da máquina que faz intervir na actividade administrativa e no desenvolvimento do procedimento uma «nova personagem», que é o técnico de informática, cuja intervenção será, cada vez mais, necessária e abrangente, mercê da crescente complexidade das tarefas transferidas para a execução automatizada¹²⁰.

Como inconvenientes, FROSINI aponta os efeitos perversos de um aumento do poder da Administração, de que, também, falará PEDRO GONÇALVES.

Assinala, ainda, a maior dificuldade dos cidadãos em terem capacidade e meios para acederem ao sistema informático da Administração, quer pela falta de intermediação de um funcionário, que o auxiliaria a compreender, por exemplo, formulários electrónicos – o que implicaria a redução de direitos dos cidadãos pelo uso *forçado* da informática, segundo o aviso de TORRIJOS que neste aspecto segue a mesma linha de pensamento - quer na indisponibilidade de rectificação e adequação às especificidades concretas, por os imperativos da automatização levarem à criação de esquemas rígidos e pré-definidos – que julgamos possa ser a falta de flexibilidade apontada por PEDRO GONÇALVES¹²¹.

¹¹⁸ Cfr. ob. cit. nota 114, pp. 488-490.

¹¹⁹ *Idem*, p. 491.

¹²⁰ Cfr. ob. cit. nota 114, p. 492.

¹²¹ *Idem*, p. 493.

III.IV - A singularidade do método de ponderação na discricionariedade: revisitando a doutrina.

Quando a utilização dos sistemas informáticos ultrapassa a função de motor de pesquisa e pretende *criar* a própria decisão administrativa é que surge um problema.

É colocado no cerne da discussão a possibilidade, ou não, de as decisões administrativas, com carácter vinculado ou discricionário, serem *pensadas*, e subsequentemente, *criadas* por uma aplicação informática especificamente concebida para o efeito.

E se para a doutrina, parece, não repugnar a estandardização de decisões vinculadas, já no que respeita às decisões discricionárias temos um *nó górdio*.

Vem à liça a possibilidade da dessemantização dos condicionalismos que envolvem a tomada de uma decisão discricionária para uma linguagem informática, eventualmente através de técnicas utilizadas nos denominados *expert systems*, de base algorítmica, tais como o *backward-chaining* e o *backtracking*.

Emparedado que fica o poder discricionário da Administração na (aparente) estreita dimensão de um programa informático, como conciliar a nova metodologia do procedimento decisório, que promove uma efectiva dialéctica entre a norma e o caso concreto, com a rigidez das fórmulas informáticas?

Defendendo que a concessão pelo legislador de poderes discricionários obsta à automatização da decisão administrativa, entende PEDRO GONÇALVES¹²² que do uso da informática resultará «*uma perda de flexibilidade da actuação administrativa*» que ficará inerte perante a estandardização das decisões, para além de implicar uma mudança na técnica legística de redacção das normas, reduzindo, ou mesmo eliminando, «*as ambiguidades sintácticas, as indeterminações e imprecisões linguísticas*» deixando o legislador, ao fim e ao cabo, de “delegar” no decisor a função de escolher a melhor opção de

¹²² Cfr. ob. cit. nota 104, p.78.

solução para o caso concreto, atentando nas especificidades que este lhe apresentar¹²³.

A programação informática da decisão administrativa, espartilhando-a em fórmulas algorítmicas de solução dos casos concretos, redundaria, afinal, na negação do «*exercício concreto da discricionariedade*»¹²⁴.

Retomando o parecer de PEDRO GONÇALVES «(...) *se nos desprendermos das evidências da sugestão, concluímos exactamente o contrário, isto é, passamos a admitir que a discricionariedade administrativa não exclui a automação da decisão; é que, mesmo aí, a algoritmização da norma discricionária não é impossível; basta, para tal, que se efectue uma (re)programação anulatória da discricionariedade, determinando especificamente as várias hipóteses que, em abstracto, a abertura discricionária pode contemplar (...). Neste caso, a abertura discricionária que consta da norma legal desaparece, e as decisões concretas são baseadas numa norma binária (sim-não), pelo que a automação da decisão é tecnicamente possível. Se a norma desconsiderar a qualidade do decisor é sustentável que, na base de um “sistema inteligente” o exercício da discricionariedade seja delegado no computador. (...) A “liberdade de decidir” pertencerá à máquina*»¹²⁵.

Todavia, o Autor em referência não concorda com esse mecanismo da «*reprogramação anulatória da discricionariedade*» por levar à conversão de um «*programa finalístico*» num «*programa condicional*»¹²⁶, concluindo que a transferência da tomada de decisão para o computador viola a «*vertente do princípio democrático do princípio do Estado de Direito*», na medida em que a Administração Pública não controla se a aplicação informática procede à «*convocação e ponderação*» dos princípios gerais da actividade administrativa, que intervêm no procedimento convencional como limites imanentes da discricionariedade.

VASCO PEREIRA DA SILVA é de opinião que a natureza regulamentar dos programas informáticos é mais evidente no âmbito da discricionariedade

¹²³ *Idem*, pp. 51-54.

¹²⁴ Cfr. ob. cit. nota 104, p. 58.

¹²⁵ Cfr. ob. cit. nota 104, p. 58.

¹²⁶ *Ibidem*.

administrativa, «[P]ois, como acentua EHLERS, “os programas de computador funcionam de forma similar aos regulamentos administrativos”, daí resultando que, “nos domínios da discricionariedade eles fornecem à Administração critérios e padrões de decisão para um adequado exercício da discricionariedade”¹²⁷.

Porém, reconhece, igualmente, que a automatização acarreta alguns perigos como os da simplificação e padronização da actividade administrativa, com repercussão negativa na adequada ponderação das circunstâncias relevantes, com possível violação do *princípio da imparcialidade*, não exercendo a Administração todos os poderes discricionários que a lei lhe concede¹²⁸.

Conclui, finalmente, que não é susceptível de automatização a actividade administrativa «em que esteja em causa uma determinada tarefa que, pelas suas características, deva depender de apreciação humana (por exemplo, a audiência de interessados, a valoração de determinadas circunstâncias para efeito de exercício de poderes discricionários, ou a interpretação de normas indeterminadas), então, não deve haver lugar para a sua automatização»¹²⁹.

E, ainda, nos casos em que actividade administrativa seja susceptível de pôr em causa o conteúdo essencial de direitos fundamentais, em que se justifica uma maior supervisão humana, estabelecendo-se limites à sua automatização¹³⁰.

Tal como PEDRO GONÇALVES, também TORRIJOS entende que nos casos de discricionariedade a actuação administrativa correspondente não é susceptível de ser produzida exclusivamente por meios informáticos, por haver necessidade da participação directa de um elemento subjectivo, relevando aqui a natureza do poder executivo em concreto permitir criar, modificar ou extinguir relações jurídicas.

Assim, se o acto é manifestamente declarativo é possível a sua automatização, uma vez que o órgão se limita a aceder a uma base de dados e

¹²⁷ Cfr. ob. cit. nota 106, p. 485, n. 2.

¹²⁸ VIEIRA DE ANDRADE, O Dever de Fundamentação de Expressa do Acto Administrativo, *apud* V. PEREIRA DA SILVA, ob. cit. nota 106, p. 486.

¹²⁹ Cfr. ob. cit. nota 106, p. 486-487.

¹³⁰ *Ibidem*

a incorporar a informação aí obtida no conteúdo do acto, sem qualquer valoração e ponderação¹³¹.

Ainda quando o acto tenha efeitos constitutivos terá de atender-se ao grau de discricionariedade atribuído ao órgão competente, pelo que só no caso de decisões vinculadas é que, também, se poderá aceitar a sua completa automatização e na medida em que o conteúdo daquelas dependa exclusivamente do processamento informático da informação relevante, sem embargo de adequadas medidas de supervisão e controlo¹³².

Diversamente, tratando-se de verdadeiros actos discricionários, TORRIJOS nega-lhes a automatização porque, nestes actos, a livre margem de que dispõe o órgão competente para a escolha de alternativas da decisão, que são, do ponto de vista jurídico, igualmente válidas, apenas lhe permite o uso da informática como meio auxiliar à tomada da decisão, devendo o titular do órgão ponderar, directa e pessoalmente, as vantagens e inconvenientes de cada uma das alternativas e escolher a mais apropriada¹³³.

Neste ponto, o Autor em referência cita directamente GARCÍA DE ENTERRÍA para o qual *“la Administración Pública no podrá nunca reducirse a un sistema de respuestas fijas, que puedan quizás ser codificadas un día agotadoramente por un ordenador. Lo sustancial de los poderes administrativos son poderes discrecionales, que [...] sustancialmente dejan a los administradores extensos campos de libertad, de cuyo ejercicio podrá derivarse una buena o mala gestión. El Derecho Público no pretende eliminar, en modo alguno la política, que es esencialmente, sine qua non, libertad de opciones”*¹³⁴.

Mas cita, igualmente, GÓMEZ PUENTE que entende que a utilização de meios informáticos pode ser um instrumento útil para «normalizar» ou, pelo menos, «objectivar» decisões, mesmo aquelas em que esteja subjacente aquela «libertad de opciones»¹³⁵.

¹³¹ Cfr. ob. cit. nota 69, pp. 74-76. O autor da declaração confiará *cegamente* no resultado da consulta à base de dados, desde que não tenha meios para confirmar, ou infirmar, todos ou cada um dos dados obtidos.

¹³² *Ibidem*.

¹³³ Cfr. ob. cit. nota 69, pp. 74-76.

¹³⁴ “La Administración Pública y la Ley” in *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 108, 2000, p. 574, *apud* J.V.TORRIJOS, ob. cit. nota 110, p. 75.

¹³⁵ *Ibidem*.

FROSINI concedia que a Administração Pública estava em condições de impor as suas directivas de desenvolvimento perante a indústria informática¹³⁶.

O desenvolvimento tecnológico da inteligência artificial, que se vem registando no mundo científico, transporta para a discussão sobre a informatização da actividade administrativa a possibilidade de serem criadas aplicações informáticas com base em equações algorítmicas que providenciem a solução de um concreto problema.

A questão inicial, sobre a admissibilidade de informatização administrativa, é, então, reformulada para saber, agora, qual a extensão possível da informatização no âmbito da actuação das administrações públicas.

Quais os limites, se se concluir que deve havê-los, que não devem ser transpostos?

Ou seja, até que ponto a inteligência artificial pode substituir a inteligência humana?

E é desejável que o faça?

Os *experts systems* vêm sendo apontados como novos mecanismos procedimentais, mais ou menos, pacificamente aceites em situações previamente tipificadas, por intervenção do homem, e que se apresentam ao sistema como semelhantes.

A discussão sobre a utilidade dos sistemas periciais, no âmbito do direito, passa por aferir da possibilidade de os mesmos operarem em cenários de incerteza, com variáveis que podem não se resolver através de um sistema lógico do tipo *sim/não*, mas que, por outro lado, poderá ir mais além da equação *se/então*.

Poderá não se tratar aqui só de sistemas periciais que, dir-se-ia a partir de um nível de conhecimento mais básico, resolvem segundo critérios parametrizados, em dada aplicação informática, dado que a parametrização, atendendo à «*estrutura superficial e formal*» da norma jurídica, ficará aquém dos acasos e ambiguidades que cada caso concreto possa apresentar à ponderação do decisor¹³⁷.

¹³⁶ Cfr. ob. cit. nota 114, p. 494.

¹³⁷ GIANFRANCO CARIDI/SILVANO PELLECCIA, “*Un modelo operativo per l’automazione di procedure giuridiche*”, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Milano, s.4, a. 62 (1985), pp. 378-398, p. 379.

Serão, antes, os casos em que o sistema deverá possuir um cardápio dos factos e respectivos efeitos jurídicos conjuntamente com um mecanismo de recolha de informação da factualidade respeitante à situação concreta, quando esta se apresentar ao sistema, devendo, então, ser processada essa informação por meio de esquemas de cálculo lógico que identifiquem o caso concreto com a «*fattispecie*» programada¹³⁸.

Mas o detalhe é que é o *busílis*, pois, «*em tudo que envolve método – , um lapso de detalhe pode acarretar consequências desastrosas*»^{139 140}.

Significaria que o sistema informático deveria ser capaz de analisar o sistema normativo; e, aqui, o problema pode estar na transformação da linguagem técnica do legislador para a linguagem própria do programa informático.

Essa substituição de linguagens, porém, implicaria uma interpretação que poderia acabar resolvendo as indeterminações e ambiguidades do texto da norma – tal como temia PEDRO GONÇALVES¹⁴¹.

O raciocínio lógico subjacente à decisão combina um processo dedutivo e uma manifestação de vontade.

À partida, só no primeiro aspecto poderia ocorrer a intervenção informática, começando pelo exame da norma caberia, depois, definir a técnica adequada para transpor o resultado da análise para linguagem informática.

As técnicas parecem ser diversas, repartindo-se entre uma (1) análise pormenorizada do enunciado normativo, (2) normalização do enunciado normativo que constitui uma estrutura uniforme ou (3) sintetização «*descarnada*» do texto normativo que constitui a base do cálculo informático¹⁴².

Segundo CARIDI/PELLECCHIA, em Itália optou-se pelo segundo modelo considerando-se dever existir uma abordagem de filtro com intervenção humana que «*normalize*» o texto, evitando a tentativa de interpretação em

¹³⁸ G. CARIDI/S. PELLECCCHIA, ob. cit. na nota anterior, p. 379-380.

¹³⁹ FERNANDO PESSOA, “A teoria e a prática”, in *Organizem-se! A gestão segundo Fernando Pessoa*, Cruz Quebrada-Dafundo, Oficina do Livro, 2007, p. 45.

¹⁴⁰ Um dos riscos da informatização, mesmo nos casos em que a decisão final seja vinculada, é a parametrização da aplicação informática ser deficiente por razões de ordem económica ou, mesmo, de eficácia e eficiência do processamento informático. E de quem seria a responsabilidade pelo erro? Parodiando ULISSES, «*Ninguém!*».

¹⁴¹ *Vidé supra*, p. 68.

¹⁴² G. CARIDI/S. PELLECCCHIA, ob. cit. nota 138, p. 381.

sentido muito amplo, «*che presumono di simulare nel sistema di elaborazione una coscienza nomologica*»¹⁴³.

Ressalta a importância do «*giudizio umano*» preparando as alternativas de solução de um caso concreto, enquadrando o problema no bloco de legalidade, regras e princípios de actos normativos e regulamentares, doutrina e jurisprudência relevante, reduzindo e afinando as alternativas possíveis de resolução.

O procedimento decisório descrito poderá ser qualificado como determinista se todo ele, incluindo o sentido da própria decisão, estiver previsto na lei aplicável – naturalmente, a decisão será vinculada e praticamente irrelevante a manifestação de vontade do decisor – ou classificado como estocástico se a sua previsão for possível apenas em termos probabilísticos – aqui já poderá relevar a intervenção humana, alterando esses termos em função de especificidades trazidas pelo acaso no caso concreto; abrirá campo para margem de livre decisão¹⁴⁴.

Na primeira hipótese CARIDI/PELLECCHIA admitem a automatização, na medida em que a aplicação produzirá uma decisão muito próxima da estimativa.

Este tipo de situação ocorrerá nos processos massificados, típicos nas administrações fiscal e da segurança social, em que a lei, na grande maioria das situações de prestações e obrigação contributiva, regula todos os aspectos essenciais à produção da decisão e os quais, segundo os Autores em referência, podem ser resolvidos com uma metodologia do tipo (1) exame preliminar das normas aplicáveis, no âmbito do bloco de legalidade, (2) determinação da regra a aplicar e a sua tradução em linguagem electrónica, (3) percepção do caso concreto, (4) solução do caso concreto através do seu processamento no âmbito do sistema de regras.

Registam que este método foi aperfeiçoado com o uso de técnicas condicionais que permitem tratar as excepções.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ G. CARIDI/S. PELLECCHIA, ob. cit. nota 124, p. 382.

Consideram que, ali, o produto do sistema informático potencia a igualdade de tratamento, porque mais cuidado e completo na medida em que «*i computers memorizzano e calcolano meglio degli uomini*»¹⁴⁵.

No segundo tipo de situações acima enunciado, a informatização recorre à algoritmização a partir de técnicas como confronto de modelos, procedimentos de reagrupamento, regras de decisão e regras de produção que actuam sobre as coordenadas do caso concreto, determinando a escolha de alternativas a partir de um conjunto delas previamente definido¹⁴⁶.

No actual estado da tecnologia informática não será possível a criação de um programa que *memorize* a «*conoscenza del senso comune*»¹⁴⁷.

Em alternativa, pensa-se em programas capazes de aprender.

Neste ponto, segundo os Autores em referência, os resultados parecem promissores, tendo sido desenvolvidas linguagens especiais, as quais através de uma estrutura binária em árvore possibilitam uma exploração continuada pelos ramos da árvore, também disponível em computadores pessoais.

Contudo, esse mecanismo não se encontra desenvolvido a ponto de generalizar o resultado da aprendizagem.

Referem-se os Autores ao PROLOG.

O sistema *Programmation en Logique* foi criado em 1972 por ALAIN COLMERAUER e PHILLIPE ROUSSEL – atribuindo-se a este a derivação da abreviatura PROLOG – e baseia-se no conceito de ROBERT KOWALSKI da interpretação procedimental de um subconjunto do cálculo de predicados de primeira ordem, que se designam por cláusulas de Horn.

Consiste, essencialmente, numa linguagem de programação tendo como paradigma a programação em lógica matemática, que se compõe de uma linguagem puramente lógica com uma linguagem com componentes extra-lógicos e pretende combinar, ainda, uma linguagem declarativa de representação do conhecimento, a partir do uso da lógica, com a representação procedimental do conhecimento.

O programa não estabelece o caminho imperativo que conduzirá à solução, fornece, antes, uma descrição do problema de que se pretende *calcular* a resposta, correndo de modo interactivo a partir de questões de consulta formuladas pelo utilizador, usando a base de dados que contém os factos e as regras relacionais de lógica, do tipo *se...então*, e uma cadeia de deduções lógicas que produzirão a solução.

¹⁴⁵ *Idem*, p. 383.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

Os dados são tratados como sendo de um único tipo, designado termo, cuja natureza dependerá dos elementos léxicos utilizados na declaração os quais indicarão se se trata de um número, um texto, uma variável ou uma estrutura complexa.

De entre os operadores de controlo, que vem destacado pelos Autores em referência, figura o *backtracking*.

No sistema PROLOG o programa corre obedecendo a um padrão de busca em profundidade: a árvore binária é percorrida sistematicamente de cima para baixo e da esquerda para a direita.

Quando a pesquisa falha é porque foi encontrado um *nodo* terminal da árvore; opera, então, o *backtracking* obrigando o programa a voltar pelo caminho percorrido a fim de encontrar soluções alternativas.

Os Autores em referência reforçam que, no estado da tecnologia, os sistemas periciais poderão intervir utilmente nos procedimentos de interpretação e aplicação do direito ao menos nas situações em que o jurista já circunscreveu as várias hipóteses configuráveis¹⁴⁸.

O problema que se coloca ao nível da decisão jurídica – e com acuidade nas decisões discricionárias - é a possibilidade de se reproduzir informaticamente a actividade intelectual que corresponde à actividade específica da inteligência humana¹⁴⁹, pois, os sistemas periciais, pese embora já realizarem operações reconduzíveis às características da inteligência, têm (ainda) um *software* limitado e finito, pelo que em situações não previstas no programa é sempre requerida a intervenção externa, para correcção ou alteração.

Os Autores apontam como solução a utilização de um novo método que permita o uso de operadores lógicos, de modo a gerar uma estrutura abstracta, essencialmente algorítmica, que possa ser implementada e modificada quando receba nova informação, permitindo que o programa amplie o seu âmbito de intervenção, adquirindo flexibilidade e distanciando-se da estrutura rígida pré-concebida sempre que necessário¹⁵⁰.

¹⁴⁸ G. CARIDI/S. PELLECCIA, ob. cit. nota 138, p. 385, nota 124.

¹⁴⁹ Os AA. identificam quatro aspectos característicos da inteligência: (1) aprendizagem, (2) conhecimento, (3) dedução (compreensão da realidade), (4) indução (criação ou previsão). Cfr. nota anterior.

¹⁵⁰ *Idem*, p.386.

Basicamente existe uma estrutura algorítmica formada por *nodos* que se ramificam numa ou várias saídas, consoante se trate de uma estrutura imperativa, que contém comandos, ou de controlo, que contém escolhas.

Os *nodos* vão-se fechando sobre outros que não têm necessariamente que se situar numa sequência imediata.

Aqui o objectivo será, então, permitir que o computador crie ele próprio a estrutura algorítmica, devendo, para tanto, conter na sua memória uma base de dados relacional que se organizará recebendo nova informação por via de implicações lógicas.

A par do programa PROLOG existe o LISP que os Autores inserem na estrutura de controlo, apontando, todavia, como inconveniente o crescimento exponencial da estrutura em função do aumento da informação recebida, o que pode reduzir a eficiência do programa quando tenha que contar com muitas variáveis ou muitas actividades sequenciais.

O programa LIST PROCESSING, como o próprio nome sugere, apresenta uma estrutura de dados em forma de lista que permite a manipulação do código fonte. Trata-se de uma família de linguagens de programação – concebida em 1958 por JOHN MCCARTHY em desenvolvimento da ideia de criar uma linguagem algébrica para processar listas para trabalho em inteligência artificial – em que é possível usar exclusivamente funções matemáticas como estruturas de dados elementares.

São apontadas como utilidades no uso desta linguagem (1) ferramenta rápida e altamente personalizável para tarefas quotidianas, (2) aplicações grandes, complexas e críticas, (3) standardização rápida, (4) aplicações com elevada resolução, nomeadamente as que necessitem de mudanças após a etapa inicial.

E a grande diferença face a outros tipos de linguagem informática é o facto de permitir tratar um programa como um dado, admitindo que um programa inteiro constitua a entrada de outro programa – um programa gera outro programa - sendo usada para definir todos os aspectos de uma aplicação, o processamento interno ou o *interface* com o utilizador, para tarefas de rotina através de linguagens de comando interactivas, linguagens de *macro* ou *script*.

Actua como uma calculadora que avalia expressões simbólicas, de tamanho indefinido, e apresenta uma estrutura, também, de árvore binária.

III.V – Desafio à regulamentação legal de um procedimento administrativo electrónico: o *back-office* da decisão electrónica

E não deveria a revisão do Código, que se impõe, ser mais assertiva e avançar, de facto, para o procedimento electrónico?

Manifesta-se a doutrina pela urgência da revisão do *Código do Procedimento Administrativo*, com especial enfoque para «as formas de comunicação electrónica no interior da Administração e entre esta e os particulares, estabelecendo-se mecanismos de simplificação procedimental».

Há um aspecto a que TORRIJOS faz referência o qual tem utilidade para se reflectir sobre os contornos de uma eventual (e, ao que parece, recomendável) regulamentação de um procedimento administrativo electrónico – admitindo-se que a automatização do procedimento é emergente no actual estado de desenvolvimento da informática e da actividade administrativa – que é o facto de a modernização administrativa, a partir das tecnologias de informação, ter sido promovida mais pela conveniência da Administração em achar uma resposta adequada às necessidades internas da organização administrativa face a procedimentos em massa, como aqueles que correm pela administração fiscal e pelas instituições de segurança social, do que «*inspirada*» nas necessidades e reivindicações dos cidadãos¹⁵¹.

Advém, desta referência, o risco de a utilização da informática na actividade administrativa, mesmo quando regulamentada, estar, essencialmente, orientada para servir os interesses da Administração sem a devida salvaguarda das garantias, direitos e liberdades dos cidadãos, *maxime* quando conflituem com aqueles.

Também PEDRO GONÇALVES, já em 1997, quando referia os inconvenientes da «*automação administrativa*», aludia ao facto de os proveitos com a utilização da informática na actividade administrativa não se

¹⁵¹ «[E] enfoque se ha adoptado no era precisamente – al menos de forma prioritaria – el de satisfacer las demandas y necesidades de los ciudadanos y, en consecuencia, no se ha sentido la necesidad de promover las reformas que garantizaran su posición jurídica como titulares de auténticos derechos, plenamente exigibles frente a la Administración. La reglamentación básica contenida en la LRJPA se ha caracterizado precisamente por la falta de concreción y la atribución de una excesiva discrecionalidad a favor de aquélla», cfr. ob. cit. nota 69, p. 11.

apresentarem convenientemente explicitados, o que poderia propiciar o surgimento de perversões no aparelho administrativo e «*que serão visíveis no crescente fortalecimento do poder da Administração*»¹⁵².

A reformulação do quadro jurídico é, ainda justificada, como adiante se verá, para obviar aos riscos da discriminação dos cidadãos com maior ou menor disponibilidade ou capacidade para aceder aos serviços informáticos, sem perda de direitos, nem atropelos à legalidade e legitimidade da actuação pública ao enviesar-se pelos atalhos da simplificação administrativa.

A gestão dos serviços públicos por via da informática não pode ser vista apenas como um propulsor da eficiência e da eficácia, mas, deve, igualmente, garantir a conciliação da produtividade administrativa com a participação de cidadania, sem riscos de info-exclusão, designadamente, por desigualdades culturais, sociais e económicas, na lógica da continuidade, igualdade e adaptabilidade perante o serviço público, na conceptualização da democracia digital.

TORRIJOS aponta, ainda, um outro risco: a perda de autonomia do direito enquanto ciência para melhor servir à informática, na medida em que é aquele que tem de se sujeitar aos constrangimentos da parametrização, em vez da situação inversa, que seria a informática intervir como meio de otimizar a interpretação e a aplicação do direito.

Pensamos que nessa linha de raciocínio se poderá inserir um sentido, ainda possível, a extrair da reflexão de PEDRO GONÇALVES quando falava da «*perda de flexibilidade da actuação administrativa*» que tem de se vergar diante de «*imperativos de “standardização” e de “normalização”*» do programa informático utilizado¹⁵³.

Neste contexto, conclui TORRIJOS pela necessidade de uma norma legal – não de um mero regulamento ou de acto produzido no âmbito da actividade regulamentar da Administração – que discipline a utilização da informática na actividade administrativa e, especialmente, a contrapartida da salvaguarda dos direitos e garantias dos cidadãos face à obrigatoriedade da utilização da informática, que a Administração pretende impor em alguns sectores¹⁵⁴.

¹⁵² Cfr. ob. cit. nota 104, p.50.

¹⁵³ Cfr. ob. cit. nota 104, p. 51.

¹⁵⁴ Cfr. ob. cit. nota 69, p. 48.

Cita, a esse propósito, novamente, GARCIA DE ENTERRÍA no sentido de ser relembrado o princípio democrático e o princípio da legalidade, na sua vertente de reserva de lei, afirmando que *“el Gobierno solo estará habilitado para crear derechos e imponer obligaciones cuando la decisión tenga su origen en la Ley, lo que constituye «una garantía frente a las veleidades de intervención autoritaria por parte de cualquier autoridad o poder público» de manera que sólo lo consentimiento de los ciudadanos, que se expresa en la Ley, puede legitimar una intervención en su ámbito de libertad”*¹⁵⁵.

TORRIJOS acaba a considerar que esse *princípio de reserva de lei* deve ser atenuado no sentido de só ser necessária a norma legal quando o uso de meios informáticos constitua uma imposição que altere os parâmetros habituais de comportamento no âmbito subjectivo e material.

Alerta, ainda, que o legislador, na regulamentação da automatização do procedimento administrativo, e, portanto, de certo modo, também da decisão em que aquele há-de forçosamente desembocar, deve evitar limitar-se a transpor para ali os cânones pensados para uma actividade em suporte papel, mantendo a inércia e os inconvenientes da Administração convencional, perpetuando a falta de dinamismo que se repercute negativamente naquela actividade, nomeadamente na fase da instrução procedimental.

No entender do Autor em referência, deve ousar-se uma revisão de fundo do regime jurídico do procedimento administrativo e, depois, especificar as singularidades da automatização desse procedimento renovado.

Num novo estágio de desenvolvimento do Estado Social, agora assente numa administração infra-estrutural de relações multilaterais e com cariz predominantemente consensual, pode ser um desafio para (re)pensar a racionalidade dos procedimentos administrativos, próprios ou correlacionados com novos modos de organização da Administração.

Existindo, não uma, mas várias administrações públicas a sua coordenação automatizada poderia, eventualmente, resolver alguns constrangimentos causados pela confusão e ou sobreposição de competências entre órgãos quer de um mesmo organismo ou administração pública, quer de diferentes de entre aqueles, ouvindo-se falar na governação em rede, com a

¹⁵⁵ *Idem*, p. 51.

implementação de *interfaces* de aplicações informáticas, geridas por diferentes organismos e serviços públicos, que se destinam a agilizar a consulta e troca de informação relevante à tomada da decisão, no âmbito da competência de cada entidade administrativa.

Cada administração vem implementando os seus próprios procedimentos automatizados, como sejam os casos das administrações fiscal e da segurança social, como exemplificámos no item precedente.

Esta situação coloca uma interrogação sobre a utilidade de rever o actual *Código de Procedimento Administrativo*, mas, desde logo, na lógica da continuidade de um código de procedimentos, quando, afinal, a prática do direito administrativo vem desvelando «*silos*» de procedimentos em específicos sectores da actuação pública.

De qualquer modo, a reflexão sobre a revisão do procedimento para uma versão electrónica suscita-nos, no momento, duas questões, que passamos a enunciar de seguida.

III.V.I – Em particular a imputação do acto informático ao órgão competente

TORRIJOS, no seu estudo sobre a administração electrónica, aponta-nos a repercussão da completa automatização da actividade administrativa na «*teoria do órgão*».

Tradicionalmente, uma das condições de validade do acto é a competência legal do órgão que o pratica: o acto administrativo é imputado ao órgão, habilitado por lei com a competência correspondente, sendo que aquele actua através do respectivo titular que é uma pessoa física.

Ora, diz o Autor em referência que, nesta situação, torna-se necessário pensar sobre quais as condições que devem ser exigidas à actividade administrativa automatizada apurando-se os limites, nos quais se inscreve a competência e imputabilidade do acto ao órgão, que devem fixar-se como intransponíveis para garantir a validade desse acto.

Ganha aqui relevo a criação de normas sobre qual o órgão competente para a aprovação prévia das aplicações informáticas, através das quais vai fazer-se correr o procedimento e que, a final, poderão produzir as correspondentes decisões, bem como o sentido e alcance do correspondente acto de aprovação¹⁵⁶.

Sobre o mesmo aspecto, PEDRO GONÇALVES parece admitir a imputabilidade da decisão informática, como decisão do órgão administrativo, só quando esse órgão tenha o domínio sobre o processo decisório, o que, no entender deste Autor, apenas ocorrerá nos «*sistemas deterministas*», excluindo essa categorização nas decisões propostas pelos denominados *expert systems*.

A imputação (real) do acto ao órgão fica, no entanto, dependente da prática por este de um outro qualquer acto que revele que intenta fazer sua essa decisão informática, dando como exemplo o acto da notificação¹⁵⁷.

Mas esta tese pode, hoje, não ser sustentável na medida em que os ofícios de notificação são produzidos pelo programa informático e consubstanciam já a própria decisão administrativa.

É o que sucede com as notificações efectuadas pela Segurança Social portuguesa, no âmbito das prestações de segurança social, em que a própria notificação, devidamente endereçada ao beneficiário, contém no corpo o sentido da decisão e respectiva motivação, ainda que esta seja uma mera reprodução do preceito legal aplicado ao caso concreto.

¹⁵⁶ “Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos:

Artículo 33. (Utilización de medios electrónicos.) 1. La gestión electrónica de la actividad administrativa respetara la titularidad y el ejercicio de la competencia por la Administración Pública, órgano o entidad que la tenga atribuida y el cumplimiento de los requisitos formales y materiales establecidos en las normas que regulen la correspondiente actividad. A estos efectos, y en todo caso bajo criterios de simplificación administrativa, se impulsara la aplicación de medios electrónicos a los procesos de trabajo y la gestión de los procedimientos y de la actuación administrativa.

Artículo 39. (Actuación administrativa automatizada.) En caso de actuación automatizada deberá establecerse previamente el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoria del sistema de información y de su código fuente. Asimismo, se indicara el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación.”, publicada no *Boletín Oficial del Estado*, 1ª sección, nº 150, de 23 de junio, disposición 12352, pp. 27150-27166, consultado em 12 de Abril de 2011, no endereço electrónico www.sede.bne.gob.es/SedeElectronica/Documentos/Ley112007/pdf.

¹⁵⁷ PEDRO GONÇALVES, ob. cit. nota 104, pp. 72-75.

A este propósito, TORRIJOS cita R.PARADA que entende que os actos administrativos são manifestações de vontade e as máquinas, ao não terem vontade, carecem da possibilidade de produzir actos jurídicos e o que os actos informáticos reflectem não é mais do que o resultado dos dados e dos programas que se introduzem naquelas, pelo que a produção jurídica continua sendo referenciada a funcionários e autoridades que se servem das máquinas; e sendo a competência irrenunciável será exercida precisamente pelos órgãos administrativos a quem a mesma está legalmente atribuída¹⁵⁸.

Se bem compreendemos, R.PARADA terá fundado o seu raciocínio na definição de acto administrativo dada por GARCIA DE ENTERRÍA, construída a partir da formulação clássica de ZANOBINI, ao concluir que se o acto administrativo é uma declaração intelectual, então, em princípio, não poderão considerar-se actos administrativos aqueles que se produzem por meios automatizados sem intervenção humana¹⁵⁹.

Como referenciámos no precedente item III.III, para VASCO PEREIRA DA SILVA o que conta é o facto de se tratar, ainda, de uma decisão administrativa, independentemente do seu concreto modo de produção.

Na mesma linha de entendimento defendida por PEDRO GONÇALVES, TORRIJOS regista a corrente doutrinária que discorre no sentido de não causar problemas a utilização da informática como meio de apoio à decisão, pois, neste caso, constituirá um recurso que não condiciona ou não determina o conteúdo da decisão e, por outro lado, o órgão competente mantém o controlo pleno sobre a declaração emitida.

Mas se o uso da informática vai influenciar ou intervir, até de modo exclusivo, sobre o conteúdo do acto, o órgão competente já não disporá de uma oportunidade de supervisão directa e pessoal. – por exemplo, o cidadão recebe uma notificação exclusivamente gerada por uma aplicação informática – situação essa que já é actual.

Nesse cenário, é entendido que há uma quebra da subjectividade que é suposto contribuir para a formulação do conteúdo do acto, por não haver aí

¹⁵⁸ Cfr. ob. cit. nota 69, pp. 71-72.

¹⁵⁹ Cfr. ob. cit. nota 110, pp. 71-72. A decisão administrativa baseia-se nos factos provados e nas normas jurídicas relevantes aplicáveis, através de um processo intelectual em que se ponderam os elementos informativos relevantes assumindo o seu autor directamente a responsabilidade pelo conteúdo do acto.

uma intervenção do titular do órgão – o que ocorrerá mesmo nos casos em que o acto administrativo possa ser objectivado uma vez que, também, este pode sofrer vicissitudes que exijam para a sua resolução uma intervenção humana – dificultando a imputação do acto ao órgão.

E mesmo que o acto se encontre assinado pelo titular do órgão essa assinatura consubstanciará uma mera validação formal do que foi processado de modo automatizado, em resultado de uma confiança cega na aplicação informática.

Porém, TORRIJOS defende não poder ser feita uma interpretação tão restritiva porque isso paralisaria a actividade da moderna Administração Pública, admitindo que ainda se possa falar de imputação do acto informático ao órgão competente desde que caiba a este, ao menos, uma actividade de supervisão e de controlo sobre o funcionamento do sistema informático empregue.

III.V.II - A responsabilidade jurídica pelo desempenho das aplicações informáticas

A questão da competência introduz na discussão um outro problema que é o da configuração da responsabilidade jurídica pela prática de actos informáticos, ou seja, pelo desempenho das aplicações informáticas.

Substituindo-se a intervenção humana por um sistema informático: a quem devem ser imputados os erros da decisão informática?

Respondendo-se que será, ainda, ao órgão legalmente competente, de que modo se imputa à pessoa titular do órgão a decisão informática?

Estas questões colocadas por TORRIJOS no seu estudo passam pela regulação do regime jurídico da responsabilidade civil extracontratual, sabendo-se que, hoje, em regra, há uma tendência normativa no sentido de que a vontade e os actos praticados pela pessoa titular do órgão, que é quem exerce o conjunto de funções públicas que compõe o acervo de competências do órgão, se ficcionem na vontade e nos actos da entidade pública, minimizando,

assim, o papel interventivo dos órgãos na produção dos actos administrativos, o que, numa certa perspectiva, pode ser contraditório face ao regime da repartição de competências entre os órgãos¹⁶⁰.

Cava-se o fosso da “impessoalidade” que deriva das relações entre a Administração e o cidadão, o que não é ultrapassável, muito pelo contrário, com a aposição de uma assinatura – diferentemente da sugestão de PEDRO GONÇALVES¹⁶¹ - na medida em que, como vimos, passa a ter maior relevo a imputação dos actos à entidade administrativa em nome de quem actuam, não só os funcionários, mas os respectivos órgãos¹⁶².

TORRIJOS, discorrendo sobre as normas dos artigos 33 e 34 da LAECSP espanhola, diz que a disciplina nelas contida traduz uma regressão para as garantias dos cidadãos, pois, contrariamente à anterior norma¹⁶³, que exigia a prévia aprovação dos programas e aplicações informáticas a utilizar pela Administração Pública, mediante um acto administrativo ou uma norma jurídica, bem como a divulgação das respectivas características, agora a lei fala apenas

¹⁶⁰ No ordenamento jurídico português pode referenciar-se, naquele sentido, a configuração da legitimidade passiva no domínio do contencioso administrativo – não cuidando, aqui, da bondade da opção feita pelo legislador – pois, dispõe-se no artigo 10º, nº 2, do *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, que “quando a acção tenha por objecto a acção ou omissão de uma entidade pública, parte demandada é a pessoa colectiva de direito público ou, no caso do Estado, o ministério a cujos órgãos seja imputável o acto jurídico impugnado ou sobre cujos órgãos recaia o dever de praticar os actos jurídicos ou observar os comportamentos pretendidos”. E no artigo 4º do mesmo artigo, salvaguarda-se ainda que a acção considera-se regularmente proposta, como tendo-o sido contra a pessoa colectiva de direito público ou contra o ministério, ainda que “tenha sido indicado como parte demandada o órgão que praticou o acto impugnado ou perante o qual tenha sido formulada a pretensão do interessado”.

É, igualmente, interessante o facto de o *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*, aprovado pela Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro, publicada no *Diário da República*, 1ª série, nº 251, pp. 9117-9120, no seu artigo 1º, definindo o âmbito de aplicação, imputar a responsabilidade civil extracontratual no domínio do poder público ao Estado e demais pessoas colectivas de direito público, para, em seguida, de modo sugestivamente residual, considerar que a mesma lei, também, regula a responsabilidade civil dos titulares de órgãos, funcionários e agentes. Sendo, ainda, a responsabilidade civil por facto ilícito, na generalidade, imputada ao Estado e demais pessoas colectivas públicas, como resulta da responsabilidade exclusiva prevista no artigo 7º, nºs 1 e 3.

¹⁶¹ *Vidé supra* pág. 80 e nota 158.

¹⁶² WILLIAM BUCHMANN, *ob. cit.* nota 1, p.71 n. 95.

¹⁶³ “Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Artículo 45 (Incorporación de medios técnicos.) 4. Los programas y aplicaciones electrónicos, informáticos y telemáticos que vayan a ser utilizados por las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus potestades, habrán de ser previamente aprobados por el órgano competente, quien deberá difundir públicamente sus características.”, publicada no *Boletín Oficial del Estado*, 1ª sección, nº 285, de 27 de noviembre, disposición 26318, pp. 40300-40319, consultado em 12 de Abril de 2011, no endereço www.boe.es/boe/dias/1992/11/27/pdfs/A40300-40319/pdf.

na necessidade de se conhecer previamente qual o órgão competente para efeitos técnicos, sem reconhecimento da capacidade de intervenção na aprovação da aplicação e que posteriormente teria de assumir a responsabilidade pelas decisões que viessem a ser adoptadas¹⁶⁴.

De facto, o *Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero*¹⁶⁵, dispunha que a utilização de meios informáticos que afectassem directa ou indirectamente os direitos e interesses dos cidadãos impunha a garantia da identificação e do exercício da competência pelos órgãos legalmente habilitados, reconhecendo, ainda, o direito dos cidadãos a obterem informação sobre os meios e aplicações utilizadas, assim como a indicação do órgão competente.

Segundo TORRIJOS aquelas exigências constituíam um requisito essencial para garantir a plena sujeição das aplicações informáticas e dos serviços electrónicos da Administração à lei e ao Direito, numa perspectiva material, promovendo o efectivo controlo sobre o funcionamento deste tipo de ferramentas e, por outro lado, assegurando plenamente que são, ainda, os órgãos administrativos que actuam e têm o controlo das decisões ou seja, os responsáveis pelo desempenho das aplicações informáticas utilizadas.

A este propósito cita M. GÓMEZ PUENTE que afirma que a modernização tecnológica não pode esquecer a legalidade, ao menos material, que deve enformar a actividade administrativa e pelo que respeita às consequências práticas da utilização de programas e aplicações informáticos¹⁶⁶.

Acresce que, na fase de instrução dos procedimentos, a introdução das tecnologias de informação poderá impor a necessidade de redesenhar a estrutura interna da Administração, com o surgimento de novas formas de cooperação intra e interadministrativa, hoje desconhecidas, e que obrigam à regulação transparente e precisa sobre «*o que compete a quem*», eliminando os problemas de sobreposição ou duplicação de competências e o *anonimato*

¹⁶⁴ Cfr. ob. cit. nota 110, p. 76-78.

¹⁶⁵ Este diploma, publicado no *Boletín Oficial del Estado*, 1ª sección, nº 52, de 29 de febrero, *disposición 4594*, pp. 7942-7946, consultado em 21 de Julho de 2011, no endereço www.boe.es/boe/dias/1996/02/29/pdfs/A07942-07946/pdf., regulamentou a utilização de técnicas electrónicas, informáticas e telemáticas na «*Administración General del Estado*», tendo vigorado até 19 de Novembro de 2009.

¹⁶⁶ JULIÁN VALERO TORRIJOS, ob. cit. nota 110, p. 80.

da criação e implementação das aplicações informáticas específicas para aquele efeito, para que, em caso de erro, a culpa não morra solteira...¹⁶⁷

É esta uma oportunidade para reflectir sobre novos modos de organização administrativa que apostem na criação racional de serviços, acabando com a sua proliferação desnordeada que propicia duplicações e sobreposições de competências que arrastam os procedimentos em formalidades dilatórias e, ao contrário, concentrando-se esforços nos trâmites efectivamente úteis a serem desenvolvidos pelos serviços estritamente necessários segundo um modelo mais racional, porque objectiva e realmente desenhado para produzir a melhor decisão conforme à composição possível dos interesses público e privados em jogo.

* *
... ..

¹⁶⁷ No âmbito do *princípio da colaboração* o artigo 59º da *Lei Geral Tributária* consagra o direito ao conhecimento pelos contribuintes da identidade dos funcionários responsáveis pela direcção dos procedimentos que lhes respeitem. Fica a dúvida sobre a interpretação desta norma de modo a abranger, também, os procedimentos automatizados no que concerne à parametrização e validação das aplicações informáticas correspondentes.

IV

*“O que sobre elas [coisas] digo é para deixar clara a medida do meu olhar,
e não a medida das coisas.”*

(Montaigne)

IV - Epílogo

IV.I – Propósito da automatização da decisão administrativa ... e discricionária

Alertam os doutrinadores que o método de ponderação, sempre que reclama uma valoração subjectiva do decisor, parece não ser compatível com a tipificação de factores e critérios de aplicação, que é, precisamente, o desiderato da parametrização das aplicações informáticas destinadas à simplificação e desmaterialização de alguns procedimentos administrativos.

A regulamentação do procedimento administrativo – seja apenas simplificado, avançando na desmaterialização ou, ousadamente, eclipsando-se, caso de desformalização – quando possa conduzir à informatização do acto administrativo, com a parametrização dos elementos constitutivos da decisão final em adequado programa informático, coloca algumas interrogações, nomeadamente no domínio dos limites iminentes à discricionariedade.

A valoração da realidade dos factos, feita pela máquina, será capaz de convocar a ponderação, especialmente, do princípio da imparcialidade?

A verificação da medida adequada que cumpra a imposição legal compatibilizar-se-á com o princípio da proporcionalidade?

A formatação mínima da decisão final contemplará a fundamentação suficiente?

A informatização do procedimento decisório, indiscutivelmente mais simples e desmaterializado, representará, de facto, uma maior racionalidade da intervenção administrativa e, portanto, produzirá uma decisão mais justa?

No mundo da informatização, haverá, ainda, um amanhã para a discricionariedade?

Ou a vinculatividade será, na verdade, a única *drive* adequada à parametrização do programa informático?

É inegável que a informática é, hoje, um fenómeno determinante do rumo da evolução da sociedade de amanhã, predestinada que está a influenciar

profundamente a vida das pessoas, e, portando, da comunidade¹⁶⁸ ... para o melhor e para o pior.

Descartar a atitude de «apóstolo da desgraça» na abordagem do balanço benefícios/inconvenientes da introdução da informática na Administração Pública, para não perder a oportunidade da discussão e reflexão abertas sobre esta problemática poderá, talvez, evitar que se abandone a futura nova ordem política, económica e social à conveniência do poder administrativo, concebido numa ilusão de democracia.

A regulamentação não é perfeita, porque a lei também não é suposto sê-lo¹⁶⁹, nem o direito, já aqui o dissemos, se realiza apenas na lei.

Regista-se um paradoxo no Estado moderno que, por um lado, necessita de normas de textura aberta que lhe concedam uma margem de livre actuação de modo a melhor conformar a resolução dos casos concretos, mercê da complexidade e diversidade de factores que influenciam a decisão, e, por outro lado, ouve-se ser reclamada, em determinados sectores económicos e sociais - precisamente os mais permeáveis às tendências evolutivas da sociedade civil - uma sua maior intervenção reguladora, precisamente no sentido da simplificação de procedimentos em matrizes pré-definidas.

Ou seja, rejeita-se e reclama-se, simultaneamente, o Estado.

Traços de esquizofrenia¹⁷⁰?

Remete-nos, ao menos, para a reflexão de que a ciência do direito, no repensar das melhores soluções normativas para (bem) regular a sociedade não poderá apartar-se de uma reflexão conjunta com outras ciências, mormente de natureza social, como sejam a sociologia e a ciência da administração.

A constante transformação da sociedade obriga a que o direito administrativo, embora tomando-os como ponto de partida, transponha os

¹⁶⁸ De que é exemplo a frequência de acesso à *Internet*, para além da utilidade como ferramenta de divulgação e partilha de informação, mais ou menos relevante para a determinação dos comportamentos sociais, mas, fundamentalmente, na *navegação* pelas redes sociais, como o *twitter* e o *facebook*, que, através de recentes acontecimentos sócio-políticos que pudemos testemunhar, serviram de mobilizador de interacção e proacção a nível mundial.

¹⁶⁹ PAULO OTERO, ob. cit. nota 1, pp. 152-162.

¹⁷⁰ HELMUT WILLKE, "Diriger la société par le droit?", in *Archives de philosophie du droit*, Paris, t. 31, 1986, traduzido do inglês por Florence Barberousse, pp. 189-214, p. 202.

«*limites académicos*»¹⁷¹ correlacionando-os com o pulsar das necessidades e exigências a que a própria Administração se submete na sua actividade – embora possa suceder que essa proacção não se dirija tanto à eficácia na satisfação dos direitos dos particulares, mas antes à preservação profícua do interesse público.

A teoria e a prática devem estar intrinsecamente ligadas, mormente quando a primeira busca soluções para conformar a segunda. «*Quem estuda um problema, para o compreender não tem diante do seu espírito senão esse problema; quem estuda um problema para o resolver e aplicar tem diante do seu espírito duas coisas – o problema, e a realidade a que há-de ser aplicada a sua solução. No primeiro caso, a alteração tem que concentrar-se apenas sobre o problema; no segundo, tem que estudar qual a média entre o problema e a realidade*»¹⁷².

Mas para que o direito possa orientar – ainda – a sociedade, cumprindo-se os cânones básicos do Estado de Direito democrático, torna-se necessário que as *ferramentas* que a Administração Pública dispõe para a prossecução da actividade administrativa, como é o caso do procedimento administrativo, se desenvolvam com racionalidade, enquadrando juridicamente as mutações interactivas da realidade social, portanto, numa perspectiva globalizante e despreconceituosa¹⁷³.

A nova concepção da eficácia jurídica desloca-se para um momento *ex post* da criação do direito, para o domínio da aplicação da norma em que a

¹⁷¹ HELMUT WILLKE, ob. cit nota anterior, p. 211.

¹⁷² FERNANDO PESSOA, ob. cit. nota 140, p. 54.

¹⁷³ NIKIAS LUHMANN introduziu o conceito «autopoietico» na área das ciências sociais, como método de observação social. A expressão, originariamente utilizada para designar os elementos característicos de um sistema vivo e a sua estrutura, aponta para uma definição da vida como sendo a autonomia e a constância de uma determinada organização ou das relações de um dado sistema entre os elementos constitutivos desse mesmo sistema. Essa organização é «auto-referencial», ou seja, a sua ordem interna é gerada a partir da interacção dos seus próprios elementos. É, também, «auto-reprodutiva» no sentido de que os elementos da organização são produzidos a partir da rede de interacção, circular e recursiva. A análise científica pressupõe a análise estrutural de todos os seus elementos constitutivos isoladamente, não avaliando, assim, as relações entre os elementos, mas apenas a sua colocação no todo. Já a «teoria autopoietica», distanciando-se da postura analítica, parte da observação de determinado objecto para a interacção dos seus elementos e, por esse método, concebe o saber científico assente na interrelação dos elementos e das funções exercidas, por cada um deles, no todo comunicativo do sistema.

«norma jurídica será doravante ela própria traçada em função das reacções do meio social o que se procurará avaliar por antecipação»¹⁷⁴.

A norma pretende consagrar as melhores opções de actuação política e, para tal, pensa-se em métodos de avaliação que podem repartir-se quer pela observação e análise de todos os efeitos subsequentes à aplicação da norma, descobrindo-se-lhe as «insuficiências», «o grau de efectividade no seu acatamento» e «o grau de litigiosidade»¹⁷⁵, quer pela análise de factos indicadores que permitam, posteriormente, esboçar as diferentes alternativas que devam constar num enunciado normativo que habilitará e dirigirá o modo da (futura) actuação pública.

No desenvolvimento dessa avaliação necessariamente se observam e conhecem inúmeros factos e circunstancialismos reais, assim como se convocam novos elementos jurídicos, o que contribuirá para um conhecimento cada vez mais consolidado das situações concretas em que se envolve a sociedade e a que o direito almeja disciplinar.

A vivência real da Administração Pública passou a condicionar o conteúdo da lei, falando PAULO OTERO na manifestação do *princípio da contra-corrente* para designar este fenómeno da inversão do sentido vinculativo da lei¹⁷⁶.

E a compreensão, tendencialmente mais extensa e intensa, das situações de facto que podem constituir a génese da norma, pela «*previsão de acontecimentos futuros*», não conduzirão à previsão de um cada vez maior número de variantes com que se poderá conformar a actuação pública?

A maior aproximação às situações problemáticas que reclamam a actuação administrativa, com vista à melhoria e eficiência do enunciado normativo, continuará a deixar uma larga margem de discricionariedade para a Administração?

Numa perspectiva generalizada, a resposta será afirmativa, pois, com o futuro fatalmente sobrevirá uma névoa de desconhecimento que obscurecerá as zonas de incerteza e de risco¹⁷⁷.

¹⁷⁴ JACQUES CHEVALLIER, ob. cit. nota 17, p. 15.

¹⁷⁵ Cfr. *Guia de Avaliação de Impacto Normativo*, coordenação de CARLOS BLANCO DE MORAIS, Coimbra, Almedina, Outubro 2010, p. 19.

¹⁷⁶ Cfr. ob. cit. nota 1, p. 931-932.

¹⁷⁷ *Idem*, p. 38.

«O primeiro aspecto fundamental na abordagem da incerteza consiste na identificação da cadeia lógica ou das hipóteses comportamentais que sustentaram a previsão de determinado impacto, identificando, nos casos possíveis, os dados empíricos que permitiram sustentá-la»¹⁷⁸.

Através da «análise de sensibilidade» ou da «análise de cenários» poderá obter-se uma ideia da variabilidade dos impactos (probabilidade de verificação dos efeitos previstos na norma) e da sua sensibilidade ao comportamento de variáveis de contexto relevantes e à identificação de impactos indesejados, norteada pelo *princípio da precaução*¹⁷⁹.

Este esforço de identificação da realidade social na busca do enunciado normativo, que possa traduzi-la convenientemente, obedece a um processo de análise guiado por um raciocínio metódico semelhante ao que é exigido na ponderação dos casos concretos para descobrir a melhor solução.

A Administração é aqui, como no exercício da discricionariedade, a *legisladora*, nada obstando a que estes processos de criação do enunciado normativo possam valer, de igual modo, quer se pense em criar lei formal quer se baste na criação do direito concreto.

Vingam, nesse contexto de antecipação, raciocínios probabilísticos para analisar a incerteza, pensando-se em «*intervalos de resultados possíveis em virtude de erros de estimativa*»¹⁸⁰, segundo um processo lógico que nos soa familiar às considerações feitas a propósito da algoritmização usada nas tecnologias de informação, pela doutrina italiana que, anteriormente, passámos em revista.

Ora, reconhecendo-se que a identificação no conteúdo da norma das condutas possíveis pela Administração, a partir de um prévio e crescente conhecimento das situações concretas, que ela própria é chamada a analisar e a avaliar no processo de produção legislativa, revelando um protagonismo, igualmente, crescente, pode tornar-se capaz, não só de produzir uma decisão válida para casos similares, como antecipar algumas eventualidades futuras, o que acabará por reduzir a discricionariedade originária a graduações menores, propiciando hipóteses de baixa discricionariedade e até de discricionariedade

¹⁷⁸ Ob. cit. nota anterior, p. 99.

¹⁷⁹ *Idem*, p. 101.

¹⁸⁰ Cfr. ob. cit. nota 176, p. 83 e 99.

zero, que podem ser *normalizadas* por via de sistemas periciais cuja estrutura lógica permite alcançar resultados que satisfaçam as exigências impostas ao decisor humano.

Nas situações de baixa discricionariedade e de discricionariedade zero é, ainda, a Administração que, no exercício da própria discricionariedade, avalia e controla as situações que pode *padronizar*, usando a sua experiência no tratamento de inúmeros casos que sempre comportarão alguma semelhança legitimadora da aplicação de uma solução semelhante.

Outras situações haverá em que, concedemos, que a formação da decisão final não será susceptível de ser automatizada porque necessariamente impõe uma avaliação individual ou pessoal do decisor – falámos antes no caso de alguns procedimentos concursais – o que não significa arredar dela a automatização do procedimento respectivo, ao menos em bloco.

Nem que, a partir daquela constatação, se possa negar, sem outra reflexão, a automatização da decisão administrativa.

Não esqueçamos que a prática na Administração tende, desde já, à *normalização* de sentidos que a decisão administrativa pode (deve) tomar, bem como à *padronização* dos procedimentos, trâmites e formalidades, a desenvolver, que a pressão do cumprimento dos objectivos de desempenho institucional impõe e reclama¹⁸¹.

Nesses casos de *simplificação* procedimental os órgãos que actuam como autores do acto administrativo tenderão, pelas razões já sobejamente apontadas, a seguir as orientações definidas, até porque sabem que no caso de o particular não se conformar com a decisão poderá sempre recorrer hierarquicamente (em regra, o autor do acto, na decisão de 1º grau, posiciona-se na base da escala hierárquica), ou, derradeiramente, aos tribunais.

Para o autor do acto, o seu desempenho termina com a prolação da decisão, não importando, para efeitos de avaliação do cumprimento dos seus objectivos, se a mesma foi, de facto, racional e eficiente, pois, as impugnações, administrativas ou contenciosas, subsequentes não são monitorizadas para esse efeito.

¹⁸¹ *Vidé supra* pág. 26-27.

Este é o risco ou o perigo¹⁸² que já existe, hoje, na actividade administrativa portuguesa convencional.

E como já referimos¹⁸³, a redundância ou a prolixidade dos textos da fundamentação dos actos administrativos devem muito pouco, ou quase nada, à transparência do procedimento ou à clareza da convicção pessoal que resulta específica do exercício da discricionariedade, mesmo na actividade tradicional.

Nesses casos, a lei é formalmente observada, mas a racionalidade e a eficiência da decisão, a ela inerente, bem como o compromisso de salvaguarda das garantias dos cidadãos, ficam muito aquém da exigência democrática de um Estado de Direito, sublinhando-se as *perversões do aparelho administrativo* a que se referia PEDRO GONÇALVES¹⁸⁴.

O estado actual das tecnologias de informação não permitem, ainda, criar programas informáticos aptos a substituírem convenientemente o raciocínio humano; contudo, já apresentam muitas potencialidades que podem auxiliar a execução de muitas funções e tarefas da actividade administrativa.

Muitos dos actos administrativos vinculados e uma parte dos actos discricionários (de nível baixo ou grau zero) podem já beneficiar da disciplina de uma programação informática que contribuirá para a correcção de deficiências, hoje, identificadas.

A decisão, assim produzida, é ainda um acto imputável a um órgão da Administração Pública e, em última instância, à organização em que o órgão autor do acto se integra, como, aliás, aponta a regulação da legitimidade passiva prevista no actual *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*.

Sem ser uma solução perfeita – que não existe – permitirá, muito provavelmente, conjugar a tão propalada simplificação, desmaterialização e desformalização administrativas (que cabem no procedimento) com a transparência e o controlo da racionalidade da decisão, disciplinada e monitorizada na aplicação informática correspondente, que pode, assim, funcionar como um mecanismo pedagógico da (nova) cultura da *função pública*.

¹⁸² *Vidé supra* pág. 66-68, a respeito das críticas tecidas por PEDRO GONÇALVES e VASCO PEREIRA DA SILVA.

¹⁸³ *Vidé supra* II.I.IV, pág. 38.

¹⁸⁴ *Vidé supra* pág. 76.

A discricionariedade está presente na actividade prévia, que só a Administração poderá executar, em apurar os casos concretos conhecidos e tratados, avaliando a conveniência e oportunidade de, sobre os mesmos, criar a regra que constituirá o (novo) direito a aplicar nos casos futuros semelhantes, sabendo-se, previamente, que será o órgão competente pela validação o responsável, no caso de erros que não sejam, exactamente, inevitáveis.

Essa responsabilização constituirá o método de pedagogia disciplinar, inculcando nos órgãos competentes a necessidade de maior rigor e cuidado na selecção e validação dos procedimentos e critérios decisórios a automatizar e na monitorização efectiva das aplicações informáticas escolhidas.

É a metodologia da formulação das orientações ou circulares normativas, que já hoje existe nas administrações convencionais, que, no caso da administração fiscal, recebe, como vimos, cobertura legal na conversão das informações vinculativas – que podem ter respondido a situações concretas – naquelas orientações.

Essa constatação não afasta a evidência dos casos que, igualmente por razões de mérito, só podem ser correcta e legitimamente resolvidos segundo o prudente parecer pessoal do órgão decisor; mas considerar a automatização das situações susceptíveis de *normalização* compatível com a parametrização informática será já um grande passo na modernização administrativa verdadeiramente comprometida com as garantias dos cidadãos, que devam ser salvaguardadas, não só por definição normativa, mas principalmente pela prática efectiva.

IV.II – O procedimento administrativo electrónico como pressuposto da automatização da decisão

Uma organização é, em si mesma por definição, uma realidade complexa em que se combina uma diversidade de funções repartidas por outra diversidade de órgãos.

Porém, a diferenciação que justifica a complexa estrutura de uma organização pode não corresponder na prática a uma exacta (e útil) distinção objectiva, quer dessas funções quer dos órgãos a quem aquelas incumbem.

Na verdade, em estruturas com autonomia – como é o caso de institutos públicos – constata-se, mais vezes do que o razoável, uma confusão de funções, nuns casos duplicadas, noutros sobrepostas, que acarreta a superfluidade dos órgãos correspondentes.

O aparelho administrativo é, de facto, uma estrutura complexa, pesada e lenta, mas, também, pelos escolhos e pruridos que avassalam os procedimentos, na medida em que estes têm de percorrer um longo caminho, subindo as estratificadas escadas da hierarquia, distribuídas por corredores de departamentos que desembocam em direcções de serviços, que entroncam em divisões de serviços e estas que, por último, embicam em secções¹⁸⁵.

O procedimento administrativo electrónico há-de impor-se como pressuposto da automatização da decisão na medida em que esta resulta como produto do desenvolvimento daquele, por mais simples que ele seja.

Se a automatização, aqui mais do procedimento administrativo do que apenas da decisão, contribuir para uma simplificação da estrutura organizativa, com resultados positivos na redução e descomplexificação de órgãos e funções, porque passando a funcionar numa lógica de rede, por via da concentração e ou cooperação do exercício de competências¹⁸⁶, fixando, na perspectiva da eficiência e da eficácia da decisão final, e, portanto, sem quebra de qualidade do serviço público nem diminuição das garantias dos particulares, as funções que se mostrem realmente úteis e necessárias à prossecução da missão ou finalidade legalmente estabelecida, então, haverá que, não só reconhecer, mas avançar, de facto, para a automatização da actividade administrativa.

Essa medida não deixará, muito provavelmente, de implicar um decréscimo de despesa com o funcionamento da máquina administrativa o, que

¹⁸⁵ Todas reclamam, em simultâneo, competência para fazer no procedimento qualquer coisa (daí podendo resultar coisa alguma) *esfarrapando* o procedimento por departamentos, direcções, divisões e secções, pois, não vá achar-se algum deles esvaziado de conteúdo, e ser simplesmente extinto e, o que é pior, cessar o cargo dirigente ou de chefia correspondente.

¹⁸⁶ De que é um exemplo embrionário a implementação dos *interfaces* entre as bases de dados específicas de cada administração.

por sua vez, poderá reverter num maior, mas sério, investimento no aperfeiçoamento das aplicações informáticas adequadas à implementação e aperfeiçoamento da melhor tecnologia aplicável.

É de facto a prática que acabará por fornecer os elementos de experiência que permitirão completar a equação genérica e abstracta que aqui deixamos enunciada, o que se consolidará com a supervisão do órgão responsável pelos programas informáticos, através da monitorização e do controlo sobre os resultados que permitam o acompanhamento do desempenho da aplicação, inventariando os constrangimentos, deficiências e oportunidades de alteração, *v.g.*, em função de alterações legislativas, flexibilizando-se, deste modo, a organização.

Hoje, já se encontram em funcionamento muitas aplicações informáticas contendo o padrão de procedimentos, e até decisões administrativas, sem que, porém, se conheça qual a regulamentação que disciplina os critérios e requisitos que deveriam imperativamente ser ponderados e considerados na parametrização das informações, factos e actos administrativos idóneos ao correcto desenvolvimento dessas mesmas aplicações, desconhecendo-se, igualmente, quais os órgãos que são responsáveis pela criação, implementação e monitorização do funcionamento das mesmas, e que tipo de tecnocratas intervêm na sua criação e parametrização

A criação e recurso a essas aplicações informáticas constituirá, certamente, uma actuação informal, mas fora do plano da juridicidade, não se descortinando claramente se as regras da competência foram cumpridas, se os cânones legais foram devidamente traduzidos na linguagem informática nem tão pouco se forem convenientemente ponderadas a racionalidade dos procedimentos e da decisão a preferir com a salvaguarda garantística dos cidadãos¹⁸⁷.

Sem a prudência de uma regulamentação específica, estas actuações facilmente caem numa esfera de acção extrajurídica – tendente à informatização desregulada que, por isso, é ela própria anti-jurídica – em que procedimentos de facto se convertem em direito aplicável, confundidos que vão nos factos, propiciando a ilusão das normas legais vigentes que são

¹⁸⁷ PAULO OTERO, *ob. cit.* nota 1, p. 189.

desactivadas por assim ser mais conveniente à informática, perdendo-se o sentido da legalidade material.

Os actos e factos restituídos por essas aplicações informáticas não têm valor de lei, mas, do ponto de vista do pragmatismo desta *cultura organizacional*, adquirem força de lei, são o fundamento anómico da nova (des)ordem jurídica.

É o direito que se transmuta para se identificar com a realidade das aplicações informáticas e dos serviços electrónicos da Administração, na perspectiva material da actuação daquela, sem possibilidade de um controlo real, que, ainda assim, redundaria em inútil por não se saber a quem imputar, de facto, a responsabilidade derivada da actuação incorrecta nem se conseguir aferir se são os órgãos administrativos que (ainda) actuam e têm (ainda) o controlo das decisões, atenta a miscigenação, sem qualquer critério orientador, daqueles com os técnicos de informática¹⁸⁸.

Para ilustrar como este espaço anómico é real, apresentamos a seguir um exemplo.

A Lei nº 107/2009, de 14 de Setembro¹⁸⁹, revogando os artigos 14º a 32º do Decreto-Lei nº 64/89, de 25 de Fevereiro, passou a regular, a partir de 15/09/2009, o regime processual das contra-ordenações no âmbito da segurança social, (cfr. artigos 64º e 65º, nº 1, da Lei).

O artigo 18º dessa Lei, sob a epígrafe «Notificação ao arguido das infracções de segurança social», determina que “[o] *arguido é notificado dos factos que lhe são imputados para, no prazo de 15 dias, proceder ao pagamento voluntário da coima, ou para contestar, querendo, devendo apresentar os documentos probatórios de que disponha e arrolar testemunhas (...)*”.

Por sua vez, o artigo 19º, nº 1, alínea a), da mesma Lei permite que “*Em qualquer altura do processo, mas sempre antes da decisão da autoridade administrativa competente, nos casos em que a infracção seja qualificada como leve, grave ou muito grave praticada com negligência, o arguido pode proceder ao pagamento voluntário da coima nos termos seguintes: a) Em caso de pagamento voluntário da coima efectuado no prazo de 15 dias estabelecido no*

¹⁸⁸ A propósito das recomendações de PEDRO GONÇALVES e TORRIJOS (vide supra pág. 76 e 82).

¹⁸⁹ Publicada no *Diário da República*, 1ª série, nº 178, pp. 6255-6263

nº 1 do artigo 18º, a coima é liquidada pelo valor mínimo que corresponde à contra-ordenação praticada com negligência, devendo ter em conta o agravamento a título de reincidência, sem custas processuais”.

Sucedo, porém, que quando o arguido pretendesse efectuar o pagamento da coima dentro do prazo voluntário, pagando apenas o seu valor mínimo sem o acréscimo das custas processuais, tal como a lei lhe permite que beneficie, os serviços de tesouraria da segurança social recusavam esse pagamento, alegando que o sistema informático só validava o pagamento da coima quando acompanhado do pagamento das custas processuais.

Compreender-se-ia que esse sistema informático não tivesse condições para permitir a aplicação correcta da lei – bastaria pensar numa deficiente parametrização - mas não se pode aceitar a irresponsabilidade do órgão competente na matéria, que dirige os serviços de tesouraria, e, enfim, da própria organização institucional, por não ser capaz, ou não querer, formular instruções para, segundo o seu *prudente parecer pessoal*, criar uma solução eficiente que admita o pagamento da coima em conformidade com a Lei nº 107/2009, isto é, com a salvaguarda da garantia concedida pela mesma Lei ao cidadão.

Daqui a importância de a lei estabelecer em que sectores é justificável, e possível no estado actual da tecnologia de informação, a automatização e, simultaneamente, prever qual o órgão responsável pelas correspondentes aplicações informáticas, a quem competirá definir as linhas gerais, fixando os critérios e parâmetros em função do texto normativo que devem ser equacionados na aplicação, a composição da equipa de trabalho que irá conceber a aplicação, que deverá ter natureza multidisciplinar com representação das áreas de formação úteis à boa concepção dos esquemas informáticos, eventualmente sob coordenação do órgão que ficará responsável pelo sucesso da mesma, e o órgão que acompanhará e avaliará o desempenho da aplicação com obrigação de audição de todos os operadores que intervêm no procedimento, a montante e a jusante.

Este último órgão poderá ser o mesmo que é responsável pela aprovação da aplicação, prevendo-se expressamente essa responsabilidade e respectivos

efeitos jurídicos, garantindo-se, assim, não só a juridicidade, mas, também, fomentando a moralidade, da actuação correspondente.

E aproveitando-se a sugestão de TORRIJOS e a crítica de PEDRO GONÇALVES, a divulgação, eventualmente na página institucional de cada serviço ou organismo, das características da aplicação aprovada e da identificação adequada do órgão responsável pela mesma, a quem competirá, na perspectiva das garantias dos cidadãos, avaliar as reclamações e ou sugestões dos destinatários internos e externos dos procedimentos assim automatizados.

É que, hoje, a falta dessa regulamentação, quando surgem dificuldades de acesso ao sistema informático, inviabiliza o apuramento da correspondente responsabilidade porque ela «*é sempre de uma sexta pessoa num caso onde só agiram cinco*»¹⁹⁰.

Acreditamos, pois, que a intervenção legislativa é necessária para obviar a que as administrações públicas procedam a adaptações incorrectas dos procedimentos e circuitos administrativos, cegas pelo fluxo contínuo das inovações tecnológicas, bem como evitar a penalização dos cidadãos, mormente quando possa traduzir-se numa ablação dos seus direitos (liberdades e garantias), como o exemplo que acima enunciámos.

Acompanhando, ainda, a *lição* de FERNANDO PESSOA – embora desfasada no tempo histórico é, todavia, actual nos princípios – há que contornar o vício do excesso de teorização criando soluções para uma realidade que seria a desejável, do ponto de vista jurídico, mas que seria virtual, porque, de algum modo, não alcançaria dominar o contexto real em que cada serviço ou organismo se confronta no desenvolvimento dos procedimentos administrativos, que cabem nas atribuições da organização e nas suas próprias competências, e não se sabe, na anomia dos procedimentos administrativos, que os tecnocratas entendam criar ou alterar casuisticamente, a partir do seu insondável espírito pragmático na «*ad hoc*ratie» da facilitação das suas funções e tarefas quotidianas.

¹⁹⁰ FERNANDO PESSOA, “A doença da disciplina”, ob. cit. nota 140, p. 138.

«Todos os teorizadores chamados “de gabinete” pecam, sem excepção, pela delineação de organismos estudados e escritos até ao último detalhe. Quanto mais inteligentes são, pior sai a obra praticamente, por isso mesmo que sai melhor intelectualmente, e portanto só intelectual. Não contam com o que a realidade é de flutuante e incerta. Aplicam à elaboração do que pensam que há-de ser uma realidade o processo pelo qual legitimamente se confeccionam os sistemas filosóficos, os poemas épicos e os romances policiais»¹⁹¹.

Compreendemos que uma completa automatização dos modelos de procedimento administrativo, mormente quando dela resulte, ainda, a tomada da decisão, mesmo que se trate de actos vinculados, possa disseminar na actuação administrativa riscos e perigos em que a quota-parte de modernização tecnológica da Administração que deles derivasse desequilibre a balança em défice de eficiência administrativa, mas, agora, na dimensão das relações entre o interesse público e as garantias dos cidadãos, e que a prudência jurídica não recomendaria.

Mas, olhando à prática administrativa em que essa automatização se cria e desenvolve num espaço vazio de direito, subvertendo a ordem jurídica e o sentido das leis vinculativas existentes, tornando-as inoperantes, e que, em nome de uma alegada eficiência, por via de actuações mais céleres e económicas, a Administração, cada vez mais, reclama para si, pretendemos nós dizer que manter a atitude de resistência à informatização do procedimento e da decisão, obviando, portanto, a que se regulamentem os comportamentos já em movimento, com afectação séria e descontrolada dos direitos dos cidadãos, não será, certamente, o melhor dos dois mundos.

Na realidade mundana em que, actualmente, agimos, interagimos e reagimos, num crescendo de fraquezas e fragilidades que são intrínsecas à condição humana, e que o Direito não pode arredar-se de continuar disciplinando, em nome da paz social e que é a sua razão de existir, regulando para guiar a sociedade no trilho da correcção e da justiça, talvez devêssemos aceitar que, como ensinava o Insigne PROFESSOR ALBERTO DOS REIS, «*mais vale uma solução tosca, que solução nenhuma*».

... * * ...

¹⁹¹ Cfr. ob. cit. nota 140, p. 71.

*“É quando a obra termina
que se deveria começar...”*
(Adágio popular)

SÍNTESES CONCLUSIVAS

I – A lei continua a ser o legítimo repositório das permissões da actuação pública, tal como definido no período do Estado Liberal, porém, hoje, reafirma-se a predominância do Governo como legislador, figurado na Administração Pública, que é já entendida como um poder independente, por ser ela que, ao fim e ao cabo, pré-define o conteúdo das leis, ganhando uma outra liberdade de actuação, numa miscigenação entre o absolutismo do monarca e a legalidade liberal.

II – A actuação à margem da lei, reconhecida, ainda, no período liberal, não andarão longe do actual estado de anomia da actividade da Administração Pública, recurso último em tempos de crise, política, social ou económica, em que, parece, justificam-se medidas, ditas, excepcionais – recordando a afirmação rousseuniana «em nome da salvação da pátria» - e estendendo-se a ideia peregrina liberal muito para além do que hoje se conheceria por discricionariedade.

III - Talvez que a evolução das teorias sobre o fundamento do Estado de Direito não nos tenha afastado muito da ideia hegeliana da inversão da «concepção democrática da lei», pois, hoje, como no passado, afinal, a lei autovincula a Administração porque esta intervém decisivamente na determinação dos «critérios decisórios», conforme os interesses que, em cada momento, lhe convirá prosseguir, confirmando-se, na repetição da história, o predomínio do poder executivo sobre o (originário) poder legislativo.

IV – Reclamando-se o estatuto de poder independente para a Administração Pública, cumpre-se a profecia alemã da transformação do Estado Social em Estado Administrativo, poder esse reforçado com a concessão de uma margem de liberdade de actuação para, escolhendo as

soluções adequadas ao caso concreto, se transformarem os tecnocratas em criadores do Direito em concreto, o que corre em paralelo com a crescente «inflação legislativa» nos sectores económico e social.

V – A Administração, agora, autolimita-se através da lei, que ela própria influencia, seja no enunciado normativo seja na criação do Direito em concreto, o que, conjugado com o fenómeno de autovinculação, leva-nos a questionar a integridade do conceito de democracia: são novas formas de legitimidade que surgem ou é o conceito que se (re)define para permitir a mudança de critérios na actuação do Estado?

VI – Parece-nos que não pode falar-se de uma inversão, ou sequer subversão, do conceito democracia quando nos referimos ao Estado de Direito, pois, atravessando os períodos históricos que permitiram a definição e consagração constitucional desse conceito, na verdade, o poder governamental sempre constituiu o protagonista da definição do Direito, legislando-o ou criando-o ad hoc, em conformidade com o seu programa político, e, portanto, não existiria, exactamente, uma nova forma de legitimidade.

VII – Será, antes, uma nova forma de encarar a democracia, sobretudo, na vertente participativa - que é a que mais importa à sociedade - ficando a questão sobre se os mecanismos de excepção para justificar a actuação pública, e que se desenvolvem sem uma regulação específica, associados a uma supremacia do poder executivo (político), poderão comprometer seriamente a salvaguarda dos direitos dos cidadãos na insuficiência ou deficiência de sindicabilidade dos actos que lesam a sua esfera jurídica.

VIII - Um peculiar conhecimento do caso concreto, que há-de resultar do contacto directo e pessoal com a real vivência social, dotaria a Administração de uma posição privilegiada face ao legislador originário, tornando-a mais omnisciente do que aquele para sentir a dimensão e o sentido do pulsar das necessidades e contingências dessa vivência.

IX – Ao legislador reclama-se-lhe, por isso, que adopte a técnica da textura aberta, predispondo em regras claras a vinculatividade mínima da actividade administrativa, preocupando-se apenas em contribuir para a simplificação do processo interpretativo e para a eficiência da comunicação do discurso jurídico, delegando na Administração a descoberta do direito justo e correcto.

X - Na extensa escala hierarquizada da Administração compreender-se-á que esse conhecimento da vivência real privilegie os órgãos administrativos que interagem no terreiro dos cidadãos, mas já de mais difícil percepção para aqueles outros órgãos assentes no distante topo da hierarquia.

XI – Nessa perspectiva, a admissibilidade, num normativo de procedimento, dos recursos hierárquicos, também para os actos discricionários, poderá ser vista como uma fragilidade da própria discricionariedade que, afinal, pode ser exercida pela convicção pessoal formada apenas a partir de um conjunto de requerimentos e documentos administrativos, ao alcance de qualquer órgão e obtidos por qualquer modo de recolha e selecção.

XII – Em muitos procedimentos administrativos a decisão do órgão competente é tomada a partir de directrizes que determinam o sentido de interpretação e aplicação de regras jurídicas aplicáveis e ou a escolha e definição das diligências e formalidades a desenvolver, restando, na maior parte das vezes, ao autor do acto uma tarefa de mera subsunção do caso concreto a essas orientações.

XIII – Essas directrizes informais autovinculam o autor do acto à resolução uniforme de casos semelhantes, sem escolha na sua adopção em actos vinculativos, mas, igualmente, podendo ser consideradas nos actos discricionários, em que uma prévia triagem permite a normalização de soluções, ao menos nos casos similares de baixa discricionariedade ou de discricionariedade zero.

XIV – *Precisamente, o principal elemento vinculativo a ter em conta na actividade discricionária, que é o interesse público, admite uma determinação e diferenciação no âmbito da especificação da diversidade de interesses públicos, o que poderá reduzir a margem da discricionariedade.*

XV – *Percebido o interesse público a prosseguir revela-se, no mesmo momento, quais os meios adequados à sua realização, restringindo-se a discricionariedade à escolha daquele que, numa ponderação proporcionalística, se apresente como o mais racional, logo o mais justo.*

XVI - *A racionalidade da conduta administrativa discricionária alcançar-se-ia com a demonstração de terem sido convocados os princípios básicos imperativos de justiça, honestidade e moralidade que, no caso concreto, fossem os relevantes.*

XVII – *Não se depreciando o valor intrínseco do método de ponderação face à fatalidade do lado ignoto da vida, contudo, parece que a motivação do acto que faça referência ao iter cognoscitivo do decisor que pretende revelar aquela racionalidade procedimental, legitimando, assim, a sua convicção pessoal, qualquer que seja o sentido expresso da decisão.*

XVIII – *Regressando ao conceito de interesse público - o que quer que seja que se deva entender exactamente por isso - a diversidade de sentidos que pode assumir reclamam uma solução diferente, mas seguindo ordeiramente o carreiro da racionalidade procedimental, o raciocínio do decisor conduzi-lo-á a uma única solução, específica de cada interesse público distinto.*

XIX – *Parece, então, que a verificação dessa racionalidade, e portanto da legitimidade da actuação administrativa, redundaria na confirmação da observância dos parâmetros pressupostos e supostos no método de ponderação, com a inerente subjectividade do parecer do decisor, estruturados teleologicamente para concluírem num determinado sentido decisório.*

XX – Mas a fundamentação, reduto da racionalidade e moralidade do procedimento, revela-se, o mais das vezes, uma ilusão garantística, oscilando entre a redundância da lei e a prolixidade de citações doutrinárias e jurisprudenciais, fixando-se num texto incompreensível para o cidadão, paradigma da falha comunicacional do discurso jurídico mas onde o decisor navega à bolina da sua, bem ou mal fundada, discricionariedade.

XXI - Repensar o actual modelo de procedimento administrativo está na ordem do dia da comunidade jurídica, num momento em que se reclama com veemência a desburocratização, por via da simplificação, desmaterialização e desformalização, como um dos pressupostos que assegurará, derradeiramente, a eficiência do procedimento, realizando o interesse público com salvaguarda das garantias dos particulares.

XXII - A complexificação de algumas formalidades, na formação da decisão, com repertórios de argumentos e factos, diligências e contra diligências, enredando-se numa sucessão de prazos, é verdade que pode transformar o procedimento numa nau da tormenta prestes a afundar-se com o peso da burocracia.

XXIII - Fará, então, sentido reclamar a simplificação, desenhando-se procedimentos céleres e com economia de meios ou recursos, realizáveis através de critérios como a redução de prazos, a eliminação de trâmites e a dispensa de formalidades, mas sempre com a salvaguarda dos direitos dos particulares.

XXIV – Essa tarefa de simplificação do procedimento administrativo pode, desde logo, ver os seus pressupostos esculpido pelo cinzel do legislador, guiado pela asserção agilizar tarefas administrativas para racionalizar o procedimento com economia de custos.

XXV – Mas é, também, a hora de reflectir sobre uma nova filosofia do serviço público, mercê da conquista, cada vez mais alargada, dos domínios da Administração Pública pelas tecnologias da informação.

XXVI – Provavelmente, reacender-se-á a polémica da codificação do procedimento, em que a possibilidade de informatização de normas procedimentais permitirá repensar sobre as vantagens e inconvenientes de se fixarem regras sobre um modelo de procedimento ou sobre os requisitos a observar para que se tenha por legítima a decisão administrativa, provavelmente acrescida pela, actual, dispersão da previsão legal de procedimentos electrónicos sectoriais.

XXVII - Mas deverá ser, também, a oportunidade para se perceber qual deve ser a dimensão da revisão de um normativo de procedimentos; atribua-se-lhe o nome de código ou de outra qualquer designação jurídica, é importante definir o que é que, do lado da face real do Direito Administrativo, deve ser regulado e de que modo para obviar à desprocedimentalização enviesada, incutindo-se, portanto, uma efectiva nova cultura de função pública.

XXVIII – A introdução das tecnologias de informação tem-se bastado com a função de gestão e arquivo documental, desempenhando um papel de facilitador na pesquisa, recolha e armazenamento de elementos informativos e documentais auxiliares à tomada da decisão administrativa, permitindo a realização, com assaz proficiência, dos princípios do inquisitório e da imparcialidade, com relevantes ganhos de transparência, economia e celeridade – e, portanto, de eficiência – o que favoreceria uma maior garantia de justiça e de correcção na resposta às necessidades do cidadão.

XXIX – No entanto, a sua rápida evolução para sistemas informáticos com um maior nível de sofisticação, que, na premência de uma mais profunda modernização administrativa, não deixará de ter efeitos no modo como se exerce a actividade administrativa, terá de forçar-nos a reformular a nossa

cultura organizacional e a desenvolver tarefas pedagógicas da informática para todos os agentes e operadores administrativos.

XXX – As vozes doutrinárias, que se ouvem sobre a introdução da informática no Direito, reconhecem-lhe vantagens na função de pesquisa e gestão da informação, a primeira mais criteriosa e a segunda mais completa, bem como na racionalização e modernização da actuação administrativa, que se torna mais transparente, ágil e uniforme, aproximando a Administração dos cidadãos, especialmente no que concerne à facilitação do acesso à informação condensada nos documentos e processos administrativos, bem como ao modo de efectivar as comunicações internas e externas.

XXXI – Admite a doutrina a reformulação necessária da actividade administrativa e do seu suporte organizacional, aceitando-se pacificamente que a actividade administrativa informatizada não será, no essencial da juridicidade que a legitima, diferente da actividade convencional, pelo que as regras e princípios fundamentais que norteiam e justificam a segunda deverão estar presentes na primeira, até porque o interesse da Administração na informática tem, ainda, um cunho genético nas novas necessidades que afligem a sociedade.

XXXII – Na perspectiva funcional de facilitador de pesquisa, há que considerar o modo como se formula e configura o discurso legislativo, que, na prática convencional, já reclama uma simplificação e univocidade na redacção das normas e melhoria na respectiva sistematização, preocupações bastante pertinentes quando se pensa na probabilidade de essas normas virem a ser arquivadas em bases de dados digitais sujeitas, por isso, a regras específicas de pesquisa e de leitura, para o que poderá fazer sentido a intervenção de outros técnicos, que não apenas o jurista, especialmente o especialista em informática.

XXIII – Sendo pacífica a utilidade da informática nos domínios do tratamento da informação e relacionamento da Administração com os cidadãos, e até mesmo na tradução em programas informáticos da actividade vinculada, colocam-se questões sobre a responsabilidade emergente da actividade administrativa quando a Administração recorre a entidades a ela alheias, que até podem ser privadas, que definem e gerem as aplicações informáticas pelas quais é, na verdade, exercida aquela actividade.

XXXIV – Um outro efeito perverso, não obstante reconhecer-se o acréscimo de vantagens no relacionamento da Administração com os cidadãos, pode resultar do desequilíbrio relacional entre o aumento do poder administrativo, que já tem sido entendido como poder independente a par dos tradicionais poderes do Estado, face à eventualidade dos cidadãos não terem capacidade e meios para acederem de forma livre e esclarecida à Administração electrónica, que lhes seria imposta.

XXXV – A automatização da decisão discricionária é uma tarefa que, parece, virá a ser deveras espinhosa, na medida em que a aplicação informática, mercê da padronização da estrutura lógica do raciocínio específico da tomada de decisão - que, de qualquer modo, fica aquém da flexibilidade do pensamento humano - não será capaz de reproduzir convenientemente o método de ponderação dos princípios gerais da actividade administrativa, que é a justificação para o exercício da discricionariedade.

XXXVI – Em certos procedimentos cujas decisões, não apenas a final mas, também, as intermédias, requerem uma valoração pessoal casuística, de que são exemplo alguns procedimentos concursais, em que é importante, para a selecção e avaliação das características do perfil do candidato, o parecer pessoal de quem deve decidir, ou a aplicação de penas e medidas de segurança por estar em causa o «conteúdo essencial de direitos fundamentais», podendo entender-se desaconselhável a sua automatização, quedando-se o uso da informática pela sua função auxiliar, de pesquisa e consulta de informação relevante para a tomada de decisão.

XXXVII – Mas as tecnologias de informação desenvolvem-se em fórmulas aplicacionais cada vez mais sofisticadas, favorecendo a conquista de espaços mais alargados dos domínios de uma Administração Pública que se arrepela pela falta de mecanismos e ferramentas que substituam sobretudo a carência de recursos humanos e a falta de tempo para se debruçar metodicamente sobre a avalanche de requerimentos, exposições, petições e reclamações que, quase diariamente, invadem as repartições de serviços públicos.

XXXVIII – Devemos, contudo, estar cientes que não será prudente depreciar o desenvolvimento tecnológico da inteligência artificial que progride numa escala semelhante à dos fenómenos interplanetários do filme Star Wars, em que o planeta de dois sois transpôs-se, num relativo curto espaço de tempo, da fantasia ficcional para a realidade do nosso espaço terreno.

XXXIX - Aceitando-se, hoje, que nos procedimentos assinalados em XXXVI, e nos demais em que a subjectividade seja factor determinante e decisivo para a escolha entre uma multiplicidade de alternativas a partir da análise de factos totalmente imprevisíveis ou únicos, a automatização da decisão discricionária não é possível, ou talvez sequer aconselhável, existem, contudo, outros domínios da actuação pública em que poderá, já hoje, ser possível a substituição da inteligência humana pela artificial na tomada de decisões originariamente discricionárias.

XL – Os sistemas periciais especificamente jurídicos, que já existem, funcionam de modo autónomo, a partir de uma «base de conhecimentos» e dotados de «um motor de inferência» que são capazes de reproduzir o pensamento humano, dialogando com o decisor, por via de sistemas de raciocínio lógico que afinam o rigor da análise, e sendo capazes de permitir a expressão de subjectividade do decisor, na busca de uma resposta para um problema jurídico.

XL I – Mesmo a crítica sobre a «perda de flexibilidade» conferida no exercício da discricionariedade, pela forçosa mudança de técnica legística apostada na simplificação da linguagem jurídica eliminando as «ambiguidades e indeterminações linguísticas», poderá não vingar por muito mais tempo, na medida em que a avaliação do impacto normativo, ao nível do discurso jurídico, recomenda, ele próprio, um esforço na simplificação e clareza da respectiva linguagem.

XLII – Essa mesma avaliação, que usa um método de identificação e cálculo probabilístico de condutas possíveis para a tomada de posição da Administração, alarga e consolida um maior conhecimento do circunstancialismo, que envolve os casos concretos, compatível com a normalização de soluções que, por esse efeito, podem ser traduzidas em linguagem informática.

XLIII - Se é a própria experiência da Administração que determina o conteúdo do enunciado normativo, autovinculando e autolimitando a respectiva esfera de acção, na medida em que seja possível a padronização de pressupostos de facto e de direito e a modelagem de procedimentos diferentemente adequados, poderá ver-se aqui a possibilidade de se avançar para a informatização, desde já, das decisões vinculadas

XLIV – Reconhecendo-se a volubilidade da vida social, objecto de intervenção do Direito, sabe-se que os ciclos de mudança comportam, ainda assim, alguma estabilidade, pelo que sempre haverá um grupo de situações concretas que, mesmo decididas no âmbito da discricionariedade, apresentam um pequeno leque de opções, podendo até ser reduzidas a uma graduação zero, repetíveis em casos similares, o que, à semelhança dos actos originariamente vinculados, permite a normalização de soluções, traduzíveis para linguagem informática.

XLV - É, ainda, uma decisão administrativa e discricionária, porque pode, e deve, ser criada e controlada pelos competentes órgãos administrativos, utilizando os esquemas de raciocínio idênticos aos que servem no procedimento convencional, sujeita aos mesmos limites e fundamentos válidos na perspectiva da concretização do Estado de Direito democrático, que são os condutores da actuação administrativa no trilho da racionalidade e da justiça, com a expressa definição dos pressupostos e efeitos jurídicos da responsabilidade desses órgãos pelo desempenho na utilização da informática.

XLVI – Os argumentos de defesa das garantias dos cidadãos, que se apontam na não recomendação da automatização são, igualmente - se não até em maior grau - válidos para a proposta contrária, se tivermos em conta que a prática administrativa actual recorre à informatização desregulada de muitos dos procedimentos, e mesmo da tomada de decisão, que já se distanciam dos procedimentos convencionais e da própria legalidade material e, o que é mais preocupante, sem qualquer controlo de juridicidade específico e nem sequer cabendo, adequadamente, no regime de responsabilidade civil vigente.

XLVII - Problemas sobre a imputação do acto informático ao órgão legalmente competente e sobre a responsabilização pela incorrecção das aplicações informáticas já em funcionamento, são mais acutilantes na falta de uma regulamentação dessa prática, que se vai tornando corrente, do que na tentativa de disciplinar, e moralizar, a cultura organizacional, impondo algumas matrizes, com exigências dificilmente contornáveis ou facilmente perversíveis por vícios ou hábitos incorrectos da Administração.

XLVIII – É a oportunidade de uma revisão profunda do procedimento administrativo e da adaptação da tomada de decisão à conformidade das actuais necessidades e exigências do pulsar social dos cidadãos, que não pode, em nome da paz social e da realização do Direito e da Justiça, deixar de reflectir e interagir no modus operandi em curso, pondo cobro àquelas actuações informais que sobrepõem a anomia e a desordem jurídica à juridicidade própria do Estado de Direito democrático.

XLIX – Um procedimento administrativo electrónico com regras específicas da informatização, sem perder o fundamento dos princípios e regras fundamentais que devem nortear a actividade administrativa, independentemente do seu suporte, a que acrescem as que convenientemente regulam as propriedades da criação, utilização e monitorização das aplicações informáticas, conferindo transparência e publicidade adequadas ao conhecimento das respectivas características técnicas e jurídicas, da competência e responsabilização, civil, disciplinar e financeira, dos órgãos e interventores que devam ser os habilitados.

....****

BIBLIOGRAFIA

1. DOCTRINA

AGAMBEN, GIORGIO

- Estado de Excepção, tradução de Miguel Freitas da Costa, Lisboa, Edições 70, Setembro de 2010.

ANTUNES, LUÍS FILIPE COLAÇO

- O Direito Administrativo e a sua Justiça no Início do Século XXI. Algumas questões, Coimbra, Almedina, 2001.

BUCHMANN, WILLIAM

- “Controle jurisdicional da discricionariedade administrativa no Estado democrático de direito”, in *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, nº 51, Agosto – Dezembro 2003, pp. 33-88.

CARIDI, GIANFRANCO/PELLECCHIA, SILVANO

- “Un modelo operativo per l’automazione di procedure giuridiche”, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Milano, s.4, a. 62 (1985), pp. 378-398.

CHEUNG, ANTHONY B. L.

- “La compréhension des réformes du secteur public: tendances mondiales et questions diverses”, in *Revue Internationale des Sciences Administratives*, v. 36, n. 4, Bruxelles, Décembre 1997, p. 513-537.

CHEVALLIER, JACQUES

- “A racionalização da produção jurídica”, in *Legislação*, nº 3, Janeiro-Março 92, pp. 9-23.

CONTALDO, ALFONSO/MAROTTA, LUIGI

- “L’informatizzazione dell’atto amministrativo: cenni sulle problematiche in campo”, in *Il diritto dell’informazione e dell’informática*, Milano, a. 18, n. 3 (Maggio-Giugno 2002), pp. 571-601.

CUNHA, PAULO FERREIRA

- O procedimento administrativo, Coimbra, Almedina, 1987

DIAS, JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO/OLIVEIRA, FERNANDA PAULA

- “A Discricionarieidade Administrativa”, in *Scientia Iuridica*, tomo XLVIII, Braga, Universidade do Minho, 1999, nº 280-282, pp. 371-386.

DUARTE, DAVID

- Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório, Coimbra, Livraria Almedina, 1996.

- A norma de legalidade procedimental administrativa. A teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionarieidade instrutória, Coimbra, Livraria Almedina, 2006.

DUARTE, MARIA LUÍSA

- A discricionarieidade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados: contributo para uma análise da extensão do princípio da legalidade, in *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, nº 370, Novembro de 1987, p. 35-74.

ENGISH, KARL

- Introdução ao pensamento jurídico, 10ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, Serviço de Educação e Bolsas, 2008.

FROSINI, VITTORIO

- “L’informatica e la pubblica amministrazione” in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milano, a. 33, n. 2 (1983), pp. 483-494.

GOMES, CARLA AMADO

- “Repensar o Código de Procedimento Administrativo – A decisão do procedimento”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 82, Braga, Julho/Agosto 2010, p. 32-44.

GONÇALVES, PEDRO

- “O acto administrativo informático. (O direito administrativo português face à aplicação da informática na decisão administrativa)”, in *Scientia Iuridica*, Tomo XLVI, Braga, Universidade do Minho, 1997, pp. 47-95

HAURIOU, ANDRE

- “Le Droit Administratif de l’Aléatoire”, in *Mélanges offerts à Monsieur le Doyen Louis Tratobas*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970.

MACHETE, RUI CHANCERELLE DE

- O Direito Administrativo português no último quartel do século XX e nos primeiros anos do século XXI, in *O direito contemporâneo em Portugal e no Brasil*, coordenadores Ives Gandra da Silva Martins e Diogo de Leite Campos, Coimbra Editora, 2003, pp. 199-217.

OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE /GONÇALVES, PEDRO/ AMORIM, J. PACHECO

- Código do Procedimento Administrativo Comentado, 2ª edição, Coimbra, Livraria Almedina, 1998.

OTERO, PAULO

- Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade, reimpressão da edição de Maio de 2003, Coimbra, Almedina, 2007.

PESSOA, FERNANDO

- Organizem-se! A gestão segundo Fernando Pessoa, selecção e edição de Filipe S. Fernandes, Cruz Quebrada-Dafundo, Oficina do Livro, 2007.

PORTOCARRERO, MARTA

- Modelos de simplificação administrativa: a conferência procedimental e a concentração de competências e procedimentos no direito administrativo, Porto, Universidade Católica do Porto, 2002.

QUADROS, FAUSTO DE/ALMEIDA, JOSÉ MÁRIO FERREIRA DE/FÁBRICA, LUIS SOUSA

- “Procedimento Administrativo”, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, volume VI, Coimbra, Atlântida, 1994, pp. 470-536.

SCOGNAMIGLIO, ANDREINA

- “Sui collegamenti tra atti di autonomia privata e procedimenti amministrativi”, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, a. 33 n. 2, Milano, 1983, pp. 290-329.

SILVA, VASCO PEREIRA DA

- Em Busca do Acto Administrativo Perdido, Coimbra, Almedina, 2003.

SOARES, ROGÉRIO E.

- “Princípio da legalidade e administração constitutiva”, in *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, volume 57, Coimbra, 1981, pp. 3-25.

- “Codificação do procedimento administrativo”, in *Direito e Justiça*, v. 6, Lisboa, 1996, pp. 17-24.

- “A administração pública e o procedimento administrativo”, in *Scientia Iuridica*, tomo 41, Braga, n. 238-240 (Julho-Dezembro 1992), pp. 195-205.

SOUSA, MARCELO REBELO DE/MATOS, ANDRÉ SALGADO DE

- Direito Administrativo Geral, Tomo I, 2ª edição, Lisboa, Dom Quixote, 2006.

STORTONI, GABRIELA

- “El acto administrativo informático”, in *Documentación Administrativa*, nº 267-268 (Septiembre 2003-Abril 2004), pp. 279-288.

TORRIJOS, JULIÁN VALERO

- El régimen jurídico de la e-Administración. El uso de medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo común, Granada, Editorial Comares, 2ª edición, 2007.

USAI, ALESSANDRO

- “La prospettive di automazione delle decisioni amministrative in un sistema di teleamministrazione”, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, Milano, a. 9, n. 1 (Gennaio-Febbraio 1993), pp. 163-187.

VALENTINO, NINO

- “L’informatica nella pubblica amministrazione”, in *Banche di dati e diritti de la persona: atti del Convegno di Verona, 2 giugno 1984/promosso dall’Istituto Giuridico Italiano e dal Consiglio dell’Ordine degli Avvocati e Procuratori di Verona con il patrocinio della Banca Popolare di Verona*, Padova CEDAM, 1985 (I libri dell’Istituto Giuridico Italiano, 2), pp. 48-60.

VÁRIOS AUTORES

- O discurso judiciário, a comunicação e a justiça - V Encontro anual do Conselho Superior da Magistratura, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

- Guia de Avaliação de Impacto Normativo, coordenação de Carlos Blanco de Moraes, Coimbra, Almedina, Outubro 2010.

WILLKE, HELMUT

- “Diriger la société par le droit?”, in *Archives de philosophie du droit*, Paris, t. 31, 1986, traduzido do inglês por Florence Barberousse, p. 189-214.

2. LEGISLAÇÃO

2.1 – LEGISLAÇÃO PORTUGUESA

2.1.1 – CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA

- Lei Constitucional nº 1/2005, de 12 de Agosto, que aprovou a sétima revisão constitucional.

2.1.2 – CÓDIGOS

- *Código do Procedimento Administrativo*, aprovado pelo Decreto-Lei nº 442/91, de 15 de Novembro, com a última actualização introduzida pelo Decreto-Lei nº 6/96, de 31 de Janeiro.

- *Lei Geral Tributária*, aprovada pelo Decreto-Lei nº 398/98, de 17 de Dezembro, com a última actualização introduzida pela Lei nº 55-A/2010, de 31 de Dezembro.

- *Código de Procedimento e de Processo Administrativo*, aprovado pelo Decreto-Lei nº 433/99, de 26 de Outubro, com a última actualização introduzida pela Lei nº 55-A/2010, de 31 de Dezembro

- *Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais*, aprovado pela Lei nº 13/2002, de 19 de Fevereiro, com a última actualização introduzida pela Lei nº 107-D/2003, de 31 de Dezembro.

- *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, aprovado pela Lei nº 15/2002, de 22 de Fevereiro, com a actualização introduzida pela Lei nº 4-A/2003, de 19 de Fevereiro.

- *Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social*, aprovado pela Lei nº 110/2009, de 16 de Setembro, com a última actualização introduzida pela Lei nº 55-A/2010, de 31 de Dezembro.

2.1.3 – LEGISLAÇÃO AVULSA

- Resolução do Conselho de Ministros nº 60/99, de 24 de Junho, que regula a transferência electrónica de dados entre Administrações.
- Decreto-Lei nº 290-D/99, de 2 de Agosto, que define o regime jurídico aplicável aos documentos electrónicos e assinatura digital.
- Portaria nº 51/2004, de 16 de Janeiro, que regula as declarações electrónicas em matéria fiscal.
- Lei 5/2004, de 10 de Fevereiro, que aprovou a *Lei das Comunicações Electrónicas*.
- Decreto Regulamentar nº 25/2004, de 15 de Julho, que procede à regulamentação do Decreto-Lei nº 290-D/99, de 2 de Agosto.
- Decreto-Lei nº 252/2004, de 20 de Outubro, que define o regime de protecção jurídica dos programas de computador.
- Decreto-Lei nº 68/2005, de 15 de Março, que regula as redes de comunicações electrónicas.
- Resolução do Conselho de Ministros nº 50/2006, de 5 de Maio, que regula o serviço público da Caixa Postal Electrónica.
- Decreto-Lei nº 116-A/2006, de 16 de Junho, que regula o sistema de certificação electrónica do Estado.
- Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro, que aprovou o *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*.
- Portaria nº 114/2008, de 6 de Fevereiro, que regula a tramitação electrónica de processos judiciais.

- Decreto-Lei nº 143-A/2008, de 25 de Julho, que regula a tramitação electrónica em matéria de contratação pública.
- Portaria nº 701-G/2008, de 29 de Julho, que regula as plataformas electrónicas em matéria de contratação pública.
- Lei nº 32/2009, de 9 de Julho, que concede autorização legislativa em matéria de comunicações electrónicas.
- Lei nº 107/2009, de 14 de Setembro, que define o regime processual das contra-ordenações no âmbito da segurança social.
- Decreto-Lei nº 258/2009, de 25 de Setembro, que regula as comunicações electrónicas.
- Decreto Regulamentar nº 1-A/2011, de 3 de Janeiro, que regulamenta o *Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social*.

2.2 – Legislação estrangeira

- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, publicada no *Boletín Oficial del Estado*, 1ª sección, nº 285, de 27 de noviembre, disposición 26318, pp. 40300-40319, que aprovou o «*Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*».
- Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, publicado no *Boletín Oficial del Estado*, 1ª sección, nº 52, de 29 de febrero, disposición 4594, pp. 7942-7946, que regula «*La utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado*».
- Ley 11/2007, de 22 de junio, publicada no *Boletín Oficial del Estado*, 1ª sección, nº 150, de 23 de junio, disposición 12352, pp. 27150-27166, que regula o «*Acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos*».

3. JURISPRUDÊNCIA

- Acórdão do *Supremo Tribunal Administrativo* de 12 de Novembro de 2009, proferido no Processo nº 390/09, disponível no endereço electrónico www.dgsi.pt/jsta.nsf/.

- Acórdão do *Supremo Tribunal Administrativo* de 9 de Dezembro de 2010, proferido no Processo nº 855/10, disponível no endereço electrónico www.dgsi.pt/jsta.nsf/.

... * * ...