

A Invalidade do Ato Administrativo no Direito Europeu

The Invalidity of the Administrative Act in European Law

Denise Andrade Araújo¹
Francisco das Chagas Jucá Bomfim²

RESUMO

Este trabalho trata do direito administrativo europeu enquanto direito administrativo comunitário, abordando o relacionamento entre o direito administrativo e o Estado, o qual é enfraquecido em face da internacionalização e transcendência do princípio da legalidade. Dispõe sobre os efeitos da consolidação de um ordenamento jurídico comunitário, que exige crescente colaboração entre Administração comunitária e Administrações nacionais, inclusive em relação aos procedimentos administrativos e à natureza dos respectivos atos. Aborda aspectos relativos à invalidade do ato administrativo comunitário, destacando-se a admissibilidade dos particulares ao recurso de anulação, que é o principal instrumento no controle de legalidade do sistema jurídico comunitário, à luz do princípio da tutela jurisdicional efetiva.

Palavras-Chave: Direito Comunitário. Direito Administrativo Europeu. Ato Administrativo Comunitário. Invalidade. Anulação.

1 Especialista em Contabilidade Pública pelo Centro Universitário 7 de Setembro. Auditora de Controle Interno da Controladoria e Ouvidoria Geral do Estado do Ceará. E-mail: denise_araujo@yahoo.com

2 Mestre em Ciências Jurídico-Econômicas pela Universidade do Porto – Portugal. Professor da Universidade de Fortaleza (Unifor). E-mail: franciscojuca@hotmail.com

ABSTRACT

This paper deals with European administrative law as a Community administrative law, addressing the relationship between administrative law and the State, which is weakened in the face of internationalization and transcendence of the principle of legality. It provides for the effects of the consolidation of a Community legal order, which requires increased cooperation between the Community administration and national administrations, including administrative procedures and the nature of their acts. It addresses aspects relating to the invalidity of the Community administrative act, highlighting the admissibility of individuals to the annulment action, which is the main instrument in the control of legality of the Community legal system, in light of the principle of effective judicial protection.

Keywords: Community Law. European Administrative Law. Community Administrative Act. Invalidity. Annulment.

1 INTRODUÇÃO

O surgimento do direito administrativo está estreitamente relacionado ao surgimento do próprio Estado, somente vindo a consolidar-se com a instituição do Estado de Direito.

O direito administrativo passa por mudanças, as quais conduzem à discussão sobre a possibilidade de existir direito administrativo sem Estado ou para além dele.

Nesse contexto de mudanças começa a se construir um novo direito administrativo, o direito administrativo comunitário europeu.

Neste trabalho serão abordadas as características desse

novo direito administrativo, bem como do ato administrativo comunitário, destacando-se alguns aspectos da sua invalidade, inclusive quanto à legitimidade dos particulares ao recurso de anulação à luz do princípio da tutela jurisdicional efetiva.

2 O DIREITO ADMINISTRATIVO EUROPEU

O surgimento do direito administrativo remonta ao surgimento do próprio Estado. Ainda ao tempo em que a figura do Estado não havia se constituído com a fisionomia atual, havia normas que pretendiam regular a relação jurídica entre o poder e os integrantes das sociedades de modo geral.

Na Idade Média não havia ambiente propício para o desenvolvimento do Direito Administrativo, uma vez que na época das monarquias absolutas todo o poder pertencia ao soberano, sendo a lei à sua própria vontade.

Assim, o Direito Administrativo somente veio a consolidar-se como ramo jurídico autônomo a partir da instituição do Estado de Direito, estruturado sobre o princípio da legalidade e da separação dos poderes. Nesse sentido, esclarece Carvalho Filho (2008, p. 7):

O Direito Administrativo, contudo, como sistema jurídico de normas e princípios, somente veio a lume com a instituição do Estado de Direito, ou seja, quando o Poder criador do direito passou também a respeitá-lo. O fenômeno nasce com os movimentos constitucionalistas, cujo início se deu no final do século XVIII. Através do novo sistema, o Estado passava a ter órgãos específicos para o exercício da administração pública, e por via de consequência, foi necessário o desenvolvimento do quadro norma-

tivo disciplinador das relações internas da Administração e das relações entre esta e os administrados. Por isso pode-se considerar que foi a partir do século XIX que o mundo jurídico abriu os olhos para esse novo ramo jurídico, o Direito Administrativo.

É possível afirmar que o Direito Administrativo nasceu das revoluções que acabaram com o Antigo Regime absolutista que vinha da Idade Média.

Sobre o assunto, cabe mencionar a doutrina de Mannori (apud ANTUNES, 2008, p. 22): “O direito administrativo surge, precisamente, quando o Estado assume a forma histórica de ordenamento jurídico geral. Nem antes, nem depois”.

E ainda o que diz Burdeau (apud ANTUNES, 2008. p. 22):

Isto sucede primeiro na Inglaterra e nos Estados Unidos e, depois na Europa da Revolução Francesa. É com este último modelo de Estado e de ordenamento jurídico que se criam as bases para o nascimento do direito administrativo, com destaque para o princípio da legalidade especial, qual princípio ontológico deste ramo de direito público.

O Direito Administrativo pode ser entendido como um produto da Europa continental pós-revolucionária, ressaltando-se que nem todos os países tiveram a mesma história nem estruturaram pela mesma forma o seu poder.

Ao comparar o desenvolvimento do Direito Administrativo na Inglaterra e na França, observa-se que ocorreu de forma diferenciada. Na Inglaterra, a separação entre Administração e Política não se mostrou efetiva, diferentemente do que pode ser percebido na França.

Além disso, na Inglaterra não se observou uma dialéti-

ca entre Parlamento e Governo que propiciasse ao Parlamento editar normas de controle do Executivo e da Administração, e assim favorecer o desenvolvimento do direito administrativo. Enquanto na Inglaterra prevalecia a ideia de poder privado, na França prevalecia a ideia de poder público.

O entendimento de Antunes (2008, p. 27) é no seguinte sentido:

Como há dois modelos de Estado de Direito, também há dois modelos de direito administrativo. Um modelo mais substantivo e executivo e outro mais judiciário, ditados por eventos históricos igualmente distintos. Numa palavra, trata-se de espécies do mesmo gênero, que se vêm a encontrar a nível supranacional no direito administrativo comunitário.

O direito administrativo contribui diretamente para a constituição da doutrina geral do Estado, sendo este o centro da ciência jurídica enquanto pessoa coletiva pública universal, o princípio de todas as coisas. Segundo Costa (apud ANTUNES, 2008, p. 28): “O Estado é uma metarealidade, ontológica e axiológica-normativa. O Direito (público) não encontra apenas o Estado, representa-o, imagina-o e personifica-o”.

No plano interno, a personalidade jurídica do Estado se confunde com a personalidade jurídico-pública da Administração. Assim sendo, traz-se à discussão a possibilidade de existir direito administrativo sem Estado ou para além dele.

As transformações de nosso tempo provocam mudanças no direito administrativo que passa a não ter como única referência o Estado, em face de sua europeização ou internacionalização.

Segundo König (apud ANTUNES, 2008, p. 36), os principais sintomas dessa mudança no direito administrativo, eviden-

ciada pela perda do centro-Estado, são os seguintes:

- hiperponderação dos interesses no procedimento administrativo, com efeitos constitutivos ao nível do ato administrativo (final);
- uso abusivo do direito privado, com consequências nefastas ao nível de tipicidade dos atos – privatização na forma de atividade da Administração;
- desconstrução das estruturas administrativas para iludir a legalidade das decisões (exemplo novo: as fundações universitárias, as fundações públicas de direito privado, fundações centauro) – privatização na forma de organização;
- privatização (orgânica e substantiva) do direito administrativo que coloca o problema da reserva constitucional do direito administrativo e da (sua) Administração;
- perda de centralidade da Administração por atos, com a consequente privatização da interpretação e qualificação jurídica do ato administrativo.

As mudanças crescentes em relação à utilização de instrumentos privados no exercício da função pública fazem surgir uma nova forma de administração pública, inclusive podendo acarretar alterações no tocante à interpretação jurídica do ato administrativo.

A Administração Pública incorpora um neoliberalismo extremo que a leva a desonerar-se de tarefas fundamentais. Além disso, os objetos da interpretação do ato administrativo são a atividade procedimental e os princípios que a regem. Nesse contexto, a interpretação qualificatória tradicional e nacionalista do ato administrativo revela-se insuficiente em face da sua crescente europeização. Assinala Antunes (2008, p. 40): “O direito administrativo europeu desenvolve também aqui, ao invés do que é comum pensar-se, um papel importante na fixação de barreiras-limite à contratualização-privatização da interpre-

tação jurídica do ato administrativo”.

Essa transformação pela qual passa o direito administrativo indica uma crise dos princípios que o fundamentam, quais sejam: o princípio da estadualidade e o princípio da legalidade.

A construção de um novo direito administrativo cabe ao direito administrativo europeu no sentido de buscar uma harmonização entre ordenamentos jurídicos nacionais a partir da tipicidade imposta pelo princípio da legalidade.

Para Duarte (apud NETO, 2010, p. 4), o direito administrativo europeu alberga: “O conjunto de regras e princípios que regem a execução das normas comunitárias, assegurada pela administração comunitária, pelas administrações nacionais ou em regime de coadministração”.

O direito administrativo europeu encontra sua origem na recepção a nível supranacional dos princípios de um direito comum aos vários Estados fundadores, especialmente os princípios gerais do direito administrativo e de sua atividade.

O Tratado de Maastricht representa uma evolução na consolidação de um ordenamento jurídico geral, sendo um significativo marco no processo de unificação europeia, além de ter reconhecido a cidadania europeia e a plurisubjetividade jurídica.

Dessa forma, o ordenamento jurídico europeu se reveste de características de ordenamento jurídico geral, portanto, comunitário, o qual possui como elemento constitutivo: o interesse público comunitário.

Nesse aspecto, elucida Antunes (2008, p. 58): “O interesse público comunitário joga, assim, duas funções principais: a de limitar os poderes estaduais e de fonte de legitimação da ação pública comunitária. Em suma, fundamento e limite do poder administrativo comunitário”.

A atividade pública comunitária somente pode ser legitimada a partir do interesse público comunitário que a fundamenta.

Também é importante ressaltar que a integração dos direitos administrativos nacionais a nível supranacional requer alteração da natureza das entidades administrativas. A integração europeia exige que a administração local, quando da aplicação do direito comunitário, perca sua autonomia. Nesse sentido, cabe rever o artigo 182 da Constituição da República Portuguesa, que dispõe: “O Governo é o órgão de condução da política geral do país e o órgão superior da administração pública” (PORTUGAL, 1976, s/p).

A aplicação do direito comunitário faz surgir uma condução de administração que não mais pertence ao poder local.

Cabe ainda distinguir a ordem jurídica global de ordenamento jurídico geral. Há transformações do direito administrativo que não têm origem comunitária, como é o caso da aplicação de procedimento administrativo comum por instituições internacionais. Não é possível haver ordenamento jurídico geral sem uma forma de legitimação do poder. Essa legitimação encontra-se presente no direito comunitário.

A convergência entre direito nacional e direito europeu se efetiva por meio da fixação de princípios comunitários, aos quais as administrações locais se submetem na execução do direito supranacional. Trata-se de uma execução indireta.

Além disso, a convergência pode ocorrer a partir da alteração da legislação local, a fim de harmonizá-la com o direito comunitário. Como exemplo cabe citar a alteração do Código dos Contratos Públicos, no âmbito do direito português.

Relativamente ao fenômeno emergente do direito administrativo europeu, diversas são as posições doutrinárias. Regis-

tra-se a seguir o posicionamento de Antunes (2008, p. 69):

Creio que entre a floresta de opiniões doutrinárias se pode afirmar, em sentido genérico, que o direito administrativo europeu engloba o conjunto de princípios e de normas comuns existentes na Europa comunitária, filtrados pelo Tribunal de Justiça, a par de uma norma própria e autónoma que disciplina direta e crescentemente a Administração comunitária e as respectivas relações jurídicas com os particulares.

Nesse sentido, o direito administrativo nacional regula as relações entre a Administração local e seus cidadãos, mas de forma condicionada pelo direito comunitário, que disciplina as relações entre Administração comunitária e cidadãos europeus (dos Estados-membros). Parecem coexistir os direitos administrativos nacionais com o direito administrativo supranacional, este comum a todos os Estados-membros.

Esclarece Antunes (2008, p. 72):

Os dois “tipos de ordenamento” estão em comunicação entre si através de três vias. Na primeira, a União europeia impõe verticalmente uma centralização, reduzindo ou anulando as diferenças entre os direitos administrativos nacionais; a segunda opção consiste em incentivar a assimilação-convergência ou aproximação das duas ordens jurídicas (nacionais e supranacionais); a terceira revela que a União aceita as assimetrias, permitindo aos cidadãos desfrutá-las de diversas formas.

A União Europeia utiliza três opções com recurso a meios diversos: a primeira, através da harmonização; a segunda, através do mútuo reconhecimento; e a terceira, através da “escolha do direito” ou (melhor) através do princípio da equivalência (entre os direitos administrativos estaduais).

A emergência do direito administrativo europeu evidencia um enfraquecimento da relação entre direito administrativo e Estado, em face da internacionalização do direito administrativo e transcendência do princípio da legalidade.

Evidencia-se uma tendência do direito administrativo europeu constituir-se em ordenamento dos ordenamentos, em que o ordenamento europeu assimila os ordenamentos nacionais.

3 O ATO ADMINISTRATIVO COMUNITÁRIO

A existência de um ordenamento jurídico geral começou a ganhar força a partir do Ato Único Europeu e do Tratado de Maastricht, considerando o alargamento das atribuições das instituições comunitárias.

Na lição de Neto (2010, p. 5):

A ampliação da competência comunitária pelo Ato Único Europeu e a consequente grande expansão da função reguladora da economia, que passou a ser executada diretamente pela Comunidade, em coordenação com as autoridades nacionais, fizeram crescer seu aparato gestor; por consequência, ampliou-se a importância das garantias procedimentais e da tutela judicial, florescendo, desta vez com mais força, uma segunda “atmosfera administrativa”, o que impulsiona o desenvolvimento de um Direito Administrativo Europeu.

Tal impulso teve uma primeira característica marcante: o ativo papel do Tribunal de Justiça europeu, não apenas na aplicação das normas jurídicas comunitárias, mas verdadeiramente na edificação das bases do que se pode chamar Direito Administrativo Europeu, mediante intensa atividade de criação jurídica, chegando-se a falar em uma função quase legislati-

va. O protagonismo da função judicial no âmbito da União Europeia, tendo fundado as bases de um ordenamento jurídico comunitário, faz revelar o papel da jurisprudência no campo do Direito Administrativo.

A consolidação de um ordenamento comunitário gera maior nível de complexidade da organização administrativa comunitária, exigindo uma crescente colaboração entre Administração comunitária e Administrações nacionais.

Nesse contexto, também são afetados os procedimentos administrativos e a natureza dos respectivos atos. Sobre os atos administrativos comunitários, elucida Chiti (apud ANTUNES, 2008, 78):

Os atos administrativos em função comunitária são atos administrativos que têm uma natureza híbrida. Ainda que procedentes de procedimentos administrativos internos, eles enquadram-se no âmbito de políticas comunitárias e são concebidos (ou influenciados) por normas e princípios gerais de direito comunitário.

Quanto ao procedimento administrativo, cabe mencionar Cassese (apud NETO, 2010, p. 7):

Para além da função de garantia dos cidadãos nas relações que travam com as Administrações Públicas nacionais e comunitária, na aplicação do Direito Administrativo Europeu, o procedimento administrativo possui a função de padronização da atuação administrativa e de garantia de alguma legitimidade da atuação administrativa comunitária, compensando, mesmo que apenas parcialmente, a pouca eficácia que os meios tradicionais – controle parlamentar e responsabilidade ministerial – têm tido no âmbito da União Europeia.

Os procedimentos administrativos se revestem de característica composta, considerando a requerida articulação do direito comunitário com os direitos nacionais. A distinção entre execução direta e indireta tende a perder relevância em face do fortalecimento da Administração comum, inerente ao ordenamento jurídico europeu.

Explica Antunes (2008, p. 82):

A nova complexidade de um ordenamento jurídico de fins gerais teve igualmente como contrapartida um revigoramento da Administração central da Comunidade, até aí bastante modesta. Neste sentido, é emblemático o crescimento explosivo do número de Direções-Gerais postas ao serviço da Comissão.

Esse cenário fez surgir a institucionalização de organismos de composição mista, chamada pela doutrina de fenômeno da comitologia e das agências europeias. Esses organismos, que não necessariamente fazem parte da Administração comunitária em sentido orgânico, visam facilitar as relações entre Comissão e Conselho no exercício de funções executivas.

O nível de integração entre Administração comunitária e Administrações nacionais é estabelecido pelo direito que regula os procedimentos compostos, o qual permite compreender se os atos administrativos, no âmbito desses procedimentos, devem ser considerados comunitários ou nacionais.

Segundo a expressão de Giannini (apud ANTUNES, 2008, p. 84), diversas figuras jurídicas de composição surgiram como forma de interligação administrativa entre a esfera supranacional e as esferas nacionais. Cassese (apud ANTUNES, 2008, p.85), por sua vez, indica três modelos fundamentais de composição organizativa: coadministração, integração descen-

trada e concerto regulamentar europeu.

O modelo de coadministração caracteriza-se pela cooperação entre Administrações comunitárias e nacionais a fim de alcançar o interesse público comunitário. O sistema de integração descentrada, por sua vez, requer um ordenamento também descentrado da matéria, prevê a institucionalização de administrações setoriais e independentes, as agências europeias dotadas de personalidade jurídica. Segundo Finke (apud ANTUNES, 2008, p. 86): “Essas agências europeias desenvolvem, pela sua função técnica, um papel relevante na normalização e homogeneização do direito administrativo comunitário”.

Alguns autores entendem a integração descentrada como uma evolução da coadministração, considerando o exercício das funções normatizadas da agência, que também exerce função reguladora.

Em relação ao concerto regulamentar europeu, trata-se de uma organização comum que relaciona autoridades administrativas nacionais, Administração central comunitária e organismos de composição mista, para determinados setores.

Antunes (2008, p. 87) destaca:

De fato, tem emergido recentemente, em fase ainda embrional, um particular sistema comum, destinado a criar formas avançadas de colaboração (networks) entre autoridades administrativas independentes comunitárias e nacionais. Veja-se o caso da nova disciplina comunitária em matéria de produtos alimentares.

Os procedimentos administrativos compostos envolvem tanto Administrações nacionais como a Administração comunitária de uma mesma forma, a qual apresenta valor normativo. Segundo Antunes (2008, p. 88): “Os procedimentos adminis-

trativos compostos têm o mérito de conseguir a integração das várias Administrações (nacionais e supranacionais) numa composição normativo-procedimental única”.

Nesse contexto, o ato administrativo observa um alargamento em relação aos efeitos jurisdicionais. Considerando que o procedimento administrativo composto pode ter fases comunitárias, nacionais ou híbridas, cabe identificar a jurisdição competente para impugnar atos procedimentais eivados de vícios. Em face da ausência de norma para regular essa questão, as definições inerentes ao ato administrativo comunitário ficaram a cargo do Tribunal de Justiça e Tribunal de 1ª Instância.

Segundo Classen (apud ANTUNES, 2008, p. 96):

A comunitarização dos atos administrativos produzidos no âmbito dos procedimentos compostos não é linear. Na perspectiva dos interesses a prosseguir e da natureza teleológica da atividade administrativa desenvolvida, poderemos falar de atos administrativos europeus. Já sob o aspecto substantivo (e reflexamente jurisdicional), importa, talvez, distinguir entre atos comunitários e atos nacionais, prevalecendo a esfera em que é adoptado o ato administrativo lesivo, seja final ou prodrómico.

A existência de ato administrativo comunitário está ancorada na existência de um ordenamento jurídico geral a nível comunitário e na atribuição e reconhecimento dos particulares como sujeitos jurídicos.

4 A INVALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO COMUNITÁRIO

O recurso de anulação é o principal instrumento no con-

trole de legalidade do sistema jurídico comunitário. O artigo 230 do Tratado da Comunidade Europeia (TCE) dispõe sobre o recurso de anulação de atos administrativos comunitários eivados de ilegalidades.

Com fundamento no princípio da tutela jurisdicional efetiva, é possível que não apenas atuações positivas das instituições comunitárias sejam objeto de impugnação, mas também as omissões, conforme estabelecido no artigo 232 do TCE.

Enquanto na ação anulatória o objeto é um ato administrativo expresso, na ação por inatividade, o objeto é um mero fato, uma omissão indevida.

Segundo a doutrina de Antunes (2008), não obstante as previsões estabelecidas no TCE quanto as ações anulatórias ou por inatividade, a jurisprudência não vem se posicionando no sentido de haver uma complementaridade entre os distintos tipos de ação, apesar da amplitude com que vem admitida a ação por inatividade, nos termos do TCE.

Além disso, cabe mencionar o que registra Huergo Lora (apud ANTUNES, 2008, p. 110) quanto à possibilidade de interposição de ações por inatividade que tenham por objeto atos normativos: “O Tribunal de Justiça vem negando a possibilidade de interpor ações por inatividade que tenham por objeto atos normativos (Regulamentos e Diretivas)”.

Também é importante ressaltar que o Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) prevê impugnação de normas no âmbito administrativo, conforme definido no artigo 72, a seguir transcrito:

1 – A impugnação de normas no contencioso administrativo tem por objeto a declaração da ilegalidade de normas emanadas ao abrigo de disposições de direito administrativo, por vícios próprios ou deriva-

dos da invalidade de atos praticados no âmbito do respectivo procedimento de aprovação.

2 – Fica excluída do regime regulado na presente secção a declaração de ilegalidade com força obrigatória geral com qualquer dos fundamentos previstos no n.º 1 do artigo 281.º da Constituição da República Portuguesa (PORTUGAL, 2002, s/p).

Nos termos do artigo 232 do TCE, a ação por inatividade de somente é possível se a instituição tiver sido previamente convidada a agir e não o fez após decorrido um prazo de dois meses. Nesse caso, a ação poderá ser proposta para um novo prazo de dois meses.

A ação por inatividade tem uma dimensão condenatória, segundo disposto no artigo 233 do TCE, o que decorre do princípio da tutela jurisdicional efetiva.

No que toca ao sentido de omissão, apresentam-se dificuldades quanto à interpretação das disposições do TCE, quanto ao objeto da ação por inatividade incidir ou não sobre atos não vinculantes (pareceres e recomendações).

Outro aspecto a ser destacado é a dificuldade de identificação, em algumas situações, de um mero fato ou de um ato administrativo. Segundo doutrina de Antunes (2008), a jurisprudência não se apresenta uniforme nessa seara.

A seguir será abordado o aspecto da anulação do ato administrativo comunitário pelos particulares.

4.1 Anulação do ato administrativo comunitário pelos particulares

O recurso de anulação se revela como instrumento essencial para a efetivação do controle direto de legalidade dos atos administrativos comunitários. Martins e Quadros (2007 apud

LEITE, 2009, p. 420) explicam a natureza desse recurso:

Um verdadeiro recurso e um recurso contencioso. Fica, portanto, excluída qualquer possibilidade de confusão com o meio contencioso do tipo de ação. Além disso, através deste recurso o recorrente apenas pode obter do Tribunal a fiscalização da legalidade do ato impugnado. Estamos, portanto, no exclusivo campo do contencioso de legalidade.

O controle de legalidade objeto do recurso de anulação encontra-se estabelecido no artigo 230 do TCE, conforme transcrito a seguir:

O Tribunal fiscaliza a legalidade dos atos adotados em conjunto pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, dos atos do Conselho, da Comissão e do BCE, que não sejam recomendações ou pareceres, e dos atos do Parlamento Europeu destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros.

Como se observa no citado artigo do TCE são excluídas expressamente dos objetos passíveis de anulação por meio de recurso as recomendações e os pareceres. Não obstante, segundo Liñan e Martín (2005 apud LEITE, 2009), a jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (TJCE) tem-se posicionado no sentido de que seja objeto do recurso todo ato que se destine a produzir efeitos jurídicos.

Dessa forma, o recurso de anulação não se restringe aos atos previstos no artigo 249 do TCE (regulamentos, diretivas e decisões), sendo observado o conteúdo do ato, sua essência, o que está em plena consonância com o princípio da tutela judicial efetiva.

Quanto aos requisitos considerados pela jurisprudência

para que um ato seja objeto de recurso de anulação são os seguintes:

a) que o ato jurídico seja produtor de efeitos jurídicos obrigatórios, e que a situação jurídica do demandante seja modificada, podendo ocorrer ainda que o ato seja dirigido a terceiros, não sendo necessário que produza efeitos imediatos, bastando que estabeleça de forma obrigatória a pauta decisória futura da Instituição comunitária; b) que o ato seja definitivo, não sendo admitido recurso de atos preparatórios de decisão final, sendo exceção recursos de atos não definitivos que formam parte de um procedimento, mas que contenham importantes conseqüências econômicas; c) e que o ato das instituições comunitárias emane efeitos jurídicos para terceiros, não sendo impugnável atos de caráter puramente internos, que gerem efeitos somente no seio das Instituições (LIÑAN; MARTÍN, 2005 apud LEITE, 2009, p. 421).

Quanto à legitimidade ativa para utilização do recurso de anulação visando à impugnação de atos administrativos comunitários em face do TJCE está prevista no artigo 230 do TCE, nos seguintes termos:

Para o efeito, o Tribunal de Justiça é competente para conhecer dos recursos com fundamento em incompetência, violação de formalidades essenciais, violação do presente Tratado ou de qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação, ou em desvio de poder, interpostos por um Estado-Membro, pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho ou pela Comissão.

O Tribunal de Justiça é competente, nas mesmas condições, para conhecer dos recursos interpostos pelo Tribunal de Contas e pelo BCE com o objetivo de salvaguardar as respectivas prerrogativas.

Qualquer pessoa singular ou coletiva pode interpor, nas mesmas condições, recurso das decisões de que seja destinatária e das decisões que, embora tomadas sob a forma de regulamento ou de decisão dirigida a outra pessoa, lhe digam direta e individualmente respeito.

Conforme pode-se extrair da norma, são legitimados ativos: Estado-Membro, Parlamento Europeu, Conselho ou Comissão, Tribunal de Contas, Banco Central Europeu, bem como os particulares (pessoa singular ou coletiva).

Em relação aos particulares enquanto legitimados ativos, objeto deste estudo, são classificados por parte da doutrina (MARTINS, 2004) como recorrentes não privilegiados.

Discute-se na doutrina a imposição aos particulares de requisitos restritos para utilizar o recurso de anulação, uma vez que somente podem demandar a anulação de decisões das quais são destinatários, decisões que lhe afetem direta e individualmente, e decisões dirigidas a outros particulares ou a Estados-membros que lhe afetem direta e individualmente.

Dessa forma, evidencia-se uma posição de desvantagem dos particulares em relação aos outros legitimados ativos, pois os Estados-membros e os órgãos comunitários não se submetem à obrigatoriedade de justificar o interesse em agir.

Sobre os aspectos controvertidos em relação à legitimidade ativa dos particulares, cabe mencionar o que leciona González Alonso (2004 apud LEITE, 2009, p. 425-426):

Dentre todos os aspectos referentes ao art. 230, §4º, TCE, o mais controvertido é o de determinar em que fatos concretos um particular, pessoa física ou jurídica, pode questionar ante um juiz comunitário a legalidade de um ato do qual não é diretamente des-

tinatário. E a este respeito, o TJCE tem adotado uma atitude extremamente restritiva, convertendo os requisitos da afetação direta, e sobretudo, individual, em obstáculos quase insuperáveis aos particulares.

O principal requisito exigido para que os particulares interponham o recurso de anulação é o interesse legítimo, devendo ser demonstrado que o ato impugnado afetou seus interesses e que a anulação do ato promoverá uma melhoria na sua situação jurídica. Segundo Luengo (2004 apud LEITE, 2009, p. 428): “Não serão admitidos recursos frente a decisões que, de fato, beneficiam ao recorrente, que não lhe possa prejudicar, ou que não lhes possam afetar”.

Esse interesse é mais facilmente presumido quando o recorrente é destinatário direto do ato objeto do recurso de anulação. Por outro lado, tratando-se de ato no qual o recorrente não é destinatário, a justificação do interesse requer a demonstração da afetação direta e individual.

Quanto ao requisito da afetação direta e individual, cabe mencionar a lição de Schermers e Waelbroeck (2005 apud LEITE, 2009):

A afetação individual, em algum momento da jurisprudência do TJCE, parecia dar a entender que a sua simples existência trazia consigo a afetação direta, ou que ambos os requisitos eram de fato somente um. Porém, hoje resulta claro que para que um recurso de anulação interposto por um particular, que não é destinatário do ato comunitário recorrido, seja admitido, é necessário que estes requisitos sejam cumulativos.

O requisito da afetação direta diz respeito aos efeitos jurídicos gerados na situação do recorrente em decorrência do

ato impugnado. Deve haver uma relação de causalidade entre a atuação administrativa e a consequência jurídica na situação do demandante. Dessa forma, não cabe nenhuma margem de discricionariedade ao destinatário. Assim, é a jurisprudência do TJCE nos Acórdão de 26 de abril de 1988, Apesco, proc. C207/86, e Acórdão de 5 de maio de 1998, Dreyfus, proc. C-386/96.

Importante registrar o posicionamento do TJCE diante da matéria em comento, segundo Ortega (1999 apud LEITE, 2009, p. 431):

Ao tratar da afetação direta, o TJCE, ao analisar em um caso concreto a impugnação de um regulamento, ou de uma decisão dirigida a terceiros, por conta da exigência dos requisitos definidos no artigo 230, §4º, TCE, muitas vezes tem inadmitido recursos de anulação interpostos por particulares, e em grande parte dos casos, ao reconhecer que não há a afetação individual do ato impugnado, não analisa o requisito da afetação direta. Se se compara o número de acórdãos que se ocupam de questões relativas à natureza do ato impugnado e da afetação individual, o número dos que analisam o requisito da afetação direta é muito menor. Esta ponderação explica-se pelo fato de que o TJCE, nos casos de impugnação de atos por particulares, considera inútil analisar se o ato impugnado afetava diretamente o demandante. Neste sentido, o Tribunal tem preferido analisar a natureza do ato impugnado em primeiro lugar, e na grande maioria dos casos, este exame conclui com a confirmação do caráter regulamentário do dispositivo impugnado e a automática prévia inadmissibilidade do recurso.

Quanto ao requisito da afetação individual, o TJCE esclareceu a questão por meio do Acórdão de 15 de julho de 1963, Plaumann, proc. C-25/62, quando afirmou que quem não é destinatário de uma decisão, somente pode alegar que esta o

afeta individualmente quando dita decisão lhe corresponde devido a determinadas qualidades que lhes são próprias ou a uma situação de fato que o caracteriza em relação com qualquer outra pessoa, por isso, o individualiza de uma maneira análoga a do destinatário.

Esse entendimento jurisprudencial tem-se mostrado restritivo em face da dificuldade do destinatário encontrada em uma situação de fato que lhe caracteriza diante de qualquer outra pessoa. Evidencia-se, pois, uma restrição de acesso à justiça comunitária.

Posteriormente ao caso Plaumann, o TJCE indicou “fatores de individualização” para determinar se o ato impugnado afetava ou não individualmente o demandante. Ortega (1999 apud LEITE, 2009, p. 434) destacou dois fatores de individualização fundamentais: “a) que o demandante esteja dentro de um ‘círculo restringido, fechado’, no momento da adoção do ato; b) a administração autora do ato conhecia a identidade e a posição jurídica do recorrente no momento de sua adoção”.

O atendimento do primeiro requisito pelo particular requer a demonstração de sua posição jurídica fixada em caráter definitivo no momento da adoção do ato impugnado e o atendimento do segundo requisito requer o conhecimento por parte da administração em relação à posição jurídica do recorrente.

Em 3 de maio de 2004, por meio do Acórdão Jégo-Quéré, proc. T-177-01, (TJCE, 2002 apud LEITE, 2009, p. 439), o Tribunal de Primeira Instância redefiniu a noção de “afetação individual”, rompendo com a doutrina do caso Plaumann e re-considerando a interpretação

estrita, até agora feita, do conceito de pessoa a quem um ato diz individualmente respeito na acepção do

artigo 230º, quarto parágrafo, CE [...] e a fim de assegurar uma proteção jurisdicional efetiva dos particulares, deve considerar-se que uma disposição comunitária de carácter geral que diz diretamente respeito a uma pessoa singular ou coletiva lhe diz individualmente respeito se a disposição em questão afetar, de forma certa e atual, a sua situação jurídica, restringindo os seus direitos ou impondo-lhe obrigações. O número e a situação de outras pessoas igualmente afetadas pela disposição ou susceptíveis de o ser não são, a este respeito, considerações pertinentes.

Assim, o Tribunal modificou o requisito da afetação individual, seguindo entendimento já em discussão pela doutrina. No entanto, meses depois o TJCE reafirmou a jurisprudência anterior por meio do Acórdão UPA (C-50/00, de 25 de julho de 2002), evidenciando retrocesso em relação à legitimidade ativa dos particulares em sede de recurso de anulação.

Nos termos do Acórdão UPA (TJCE, 2002 apud LEITE, 1999, p. 442),

uma pessoa singular ou coletiva só pode interpor recurso contra um regulamento se este lhe disser não só diretamente mas também individualmente respeito. Embora seja certo que esta última condição deve ser interpretada à luz do princípio de uma tutela jurisdicional efetiva tendo em conta as diversas circunstâncias susceptíveis de individualizar um recorrente, tal interpretação não pode levar a afastar a condição em causa, expressamente prevista pelo Tratado, sem exorbitar das competências por este atribuídas aos órgãos jurisdicionais comunitários.

Além disso, o referido Acórdão (TJCE, 2002 apud LEITE, 1999, p. 442) afirma:

Embora seja obviamente possível contemplar a possibilidade de um sistema de fiscalização da legalidade dos atos comunitários de alcance geral diferente daquele que foi instituído pelo Tratado originário e nunca alterado nos seus princípios, compete, se for caso disso, aos Estados-Membros, nos termos do artigo 48º EU, reformar o sistema atualmente em vigor.

O teor do Acórdão UPA se reveste de extremo formalismo, não permitindo uma interpretação expansiva dos dispositivos dos tratados em prol de garantir o direito dos particulares e a tutela jurisdicional efetiva.

5 CONCLUSÃO

O surgimento do direito administrativo remonta ao surgimento do próprio Estado, no entanto somente vem a consolidar-se como ramo jurídico autônomo a partir da instituição do Estado de Direito, estruturado sobre o princípio da legalidade e da separação dos poderes.

As transformações do nosso tempo provocam mudanças no direito administrativo que passa a não ter como única referência o Estado, em face de sua europeização ou internacionalização. Nesse contexto, surge o direito administrativo europeu, comunitário, cujo elemento constitutivo é o interesse público comunitário.

Os atos administrativos comunitários têm uma natureza híbrida, enquadram-se no âmbito de políticas comunitárias e são concebidos por normas e princípios gerais de direito comunitário.

O recurso de anulação é o principal instrumento no controle de legalidade do sistema jurídico comunitário. Com fun-

damento no princípio da tutela jurisdicional efetiva, são objeto de impugnação as atuações positivas das instituições comunitárias, bem como as omissões.

Quanto à possibilidade de anulação de ato administrativo comunitário pelos particulares, estes se submetem ao atendimento de requisitos restritos, afetação direta e individual, os quais dificultam a admissibilidade do recurso e prejudicam a efetividade do princípio da tutela jurisdicional efetiva.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, L. F. C. **O direito administrativo sem estado: crise ou fim de um paradigma?** Coimbra: Coimbra, 2008.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LEITE, R. A. As nuances da admissibilidade dos particulares ao recurso de anulação no direito comunitário europeu. **Revista Eletrônica de Direito Internacional**, v. 5, p. 417-446, 2009. Disponível em: <<http://bit.ly/2nCAYea>>. Acesso em: 28 dez. 2011.

MARTINS, A. M. G. **Curso de direito constitucional da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2004.

NETO, E. B. Direito administrativo transnacional. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 22, p. 1-18, abr./maio/jun. 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/2n7H-Qha>>. Acesso em: 26 dez. 2011.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa (1976). Artigo n. 182. In: _____. **Constituição da República Portuguesa de 1976**. Disponível em: <<http://bit.ly/2n89dYo>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

PORTUGAL. **Lei n. 15, de 22 de fevereiro de 2002**. Aprova o Código de processos nos tribunais administrativos. 2002. Disponível em: <<http://bit.ly/2o58QwQ>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

TRIBUNAL DE CONTAS EUROPEU. **O parlamento europeu**: disposições institucionais. Seção 1, Capítulo 1. Disponível em: <<http://bit.ly/2o510DA>>. Acesso em: 17 mar. 2017.