



GT1. Estado de direito fraco: uma ameaça para a segurança cidadã
30 agosto - 1 setembro, 2012. Cidade do Panamá, Panamá

A relação entre a segurança e a justiça administrativa

Professor Howard N. Fenton¹

Definir a segurança cidadã no contexto do estado de direito pode abarcar distintas questões. Se o estado de direito é concebido fundamentalmente como um conjunto de leis estabelecidas de maneira democrática e administradas de maneira equitativa e transparente, três categorias de justiça e segurança podem ser identificadas, a saber: a justiça penal, a justiça civil e a justiça administrativa, todas elas com um impacto direto na vida e na segurança dos cidadãos.

Talvez, a mais evidente seja a justiça penal; nela, o estado de direito não só protege os cidadãos inocentes das atividades ilícitas do Estado, mas também garante a sua segurança por meio da aplicação eficiente e equitativa das leis penais, que os protege da conduta delitativa de outros cidadãos. Por sua vez, a justiça civil garante os direitos dos cidadãos nos conflitos com vizinhos, familiares ou sócios comerciais por meio de mecanismos justos e acessíveis de resolução de conflitos, garantindo os seus direitos contratuais e de propriedade.

A justiça administrativa é a manifestação menos reconhecida do estado de direito, mas também é, de certa forma, a mais dominante. A aplicação arbitrária dos procedimentos governamentais a favor de benefícios individuais, tais como emprego, desemprego, pensões e serviços de saúde, assim como licenças para exercer comércio ou uma profissão, priva os cidadãos de gozar de uma proteção equitativa do seu sustento. O fracasso do estado de direito no que se refere à administração do governo não só ameaça o bem-estar dos cidadãos, mas também enfraquece a sua confiança no governo e cria oportunidades para que se cometam atos de corrupção em pequena escala com o propósito de obter os benefícios que lhe são negados por sistemas administrativos deficientes.

A justiça administrativa implica, também, a participação de mais atores estatais do que a justiça civil ou penal. Enquanto o poder judicial cumpre uma função primordial na hora de manter o estado de direito nos três setores e divide essa responsabilidade com os fiscais no âmbito da justiça penal, a função dos tribunais tem um impacto menor na aplicação da justiça administrativa do que nas outras duas áreas. Esta última combina os esforços dos legisladores, do poder executivo e do governo, e também do poder judicial. Portanto, resulta ser mais vulnerável às debilidades no funcionamento dos três poderes sob o estado de direito, ao mesmo tempo em que tem o maior impacto sobre a cidadania.

O presente trabalho explorará as dimensões da justiça administrativa e a maneira em que um sistema débil afeta negativamente a população de uma nação. Depois, proporá os elementos de um sistema efetivo de justiça administrativa e os benefícios que oferecem a uma nação e aos seus cidadãos. É evidente que muitas das questões que aqui se argumentam são válidas também para a regulamentação governamental de empresas e corporações de maior envergadura, mas neste caso o debate se concentrará na maneira em que se veem afetados os indivíduos, já que são os mais vulneráveis às debilidades presentes no estado de direito.

¹ Diretor do Mestrado de Direito em Governança Democrática e Estado de Direito pela Ohio Northern University.

O âmbito da justiça administrativa e a segurança cidadã

Na sua relação com o governo, os indivíduos se veem mais afetados pela justiça administrativa do que por qualquer outro aspecto do sistema jurídico. Desde os programas de benefícios públicos generalizados até as licenças individuais, passando por regimes normativos tais como as restrições ambientais, os cidadãos periodicamente entram em contato com o governo. O que todas estas diversas formas de interação têm em comum são a sua origem (em ações da legislatura), a sua aplicação por parte do governo por meio da adoção de atos sublegislativos (normas e regulamentações) e determinações individuais, e a possibilidade de obter alguma classe de ressarcimento ou revisão de negação através dos tribunais. Em cada etapa do processo, as debilidades do estado de direito podem afetar gravemente os direitos e o sustento de um indivíduo.

A inexistência de leis racionais e efetivas que respaldem tais programas e a aplicação deficiente das regulamentações que os implementam não proporcionam uma base sólida para a sua administração. A tomada de decisões arbitrária, incompetente ou corrupta por parte dos administradores governamentais priva os indivíduos dos benefícios que para eles se preveem na legislação sancionada, no entanto, o acesso limitado à revisão judicial não lhes oferece reparação alguma pela má administração governamental. Assim, o setor judicial, que mais impacto tem sobre os cidadãos individuais, resulta por sua vez ser o mais vulnerável às debilidades do estado de direito devido à necessidade de transparência e prestação de contas nos três poderes do Estado.

Programas de benefícios públicos

Os programas de benefícios públicos projetados para dar sustento aos cidadãos são o exemplo mais amplo e representativo deste problema. Estes programas podem incluir pagamentos para os desempregados, aposentadorias e pensões, pagamentos de assistência familiar, pagamentos em espécie de assistência alimentar, benefícios educativos ou qualquer outro de uma variedade de programas. Os problemas potenciais destacados neste debate se aplicam também aos regimes normativos e de outorgamento de licenças e licenças individuais, ainda que as questões que são específicas desses sistemas serão tratadas por separado. Os programas de benefícios se originam a partir de decisões legislativas, às vezes fundamentadas em garantias constitucionais, para assegurar o bem-estar mínimo dos cidadãos. Na etapa de redação destas leis, o objetivo é conseguir um equilíbrio entre as considerações orçamentárias e de política e objetivos de apoio mais amplos. Os interrogantes relacionados com a distribuição geográfica dos benefícios, o tratamento especial de determinadas populações especiais ou outras preocupações particulares podem afetar o esquema legal definitivo. Os procedimentos pouco transparentes do órgão encarregado de redigir a legislação, seja ele dentro do poder legislativo ou do governo, os interesses especiais não verificados e uma redação deficiente podem provocar que as leis fundacionais não constituam uma base sólida para a implementação dos programas.

A parte mais importante do processo é o trabalho dos organismos administrativos do Estado com relação ao estabelecimento de normas e procedimentos para distribuir os benefícios e depois tomar as decisões individuais com respeito a quem reúne os requisitos para ter acesso a eles. Este aspecto da justiça administrativa é provavelmente o menos reconhecido, já que acontece dentro de burocracias que em geral não estão submetidas ao escrutínio público. No entanto, a sua capacidade potencial de distorcer ou debilitar inclusive as leis mais bem redigidas é significativa, já que estas normas continuarão sendo a base das decisões individuais. Um dos aspectos fundamentais do estado de direito é a transparência; e a aplicação de normas redigidas fora do escrutínio público incita a uma má redação, no melhor dos casos e, no caso do pior cenário, a um tratamento especial ou a corrupção. A título de exemplo, através do processo de solicitação dos benefícios as normas possam, seja de maneira inadvertida ou intencionalmente, criar barreiras que discriminem a certas populações. Diante da inexistência de um

processo transparente, este impacto pode passar inadvertido e privar dos seus benefícios aos cidadãos aos quais está destinado o programa.

O elemento de prestação de contas do estado de direito também pode se ver debilitado neste processo. Os procedimentos que não oferecem nenhuma via significativa de revisão interna das negações impedem a administração de identificar e corrigir os seus erros e obriga os candidatos prejudicados a ter que escolher entre não apelar e iniciar um processo caso de revisão judicial. Este resultado pode ser intencional ou não, mas em ambos os casos reduz a rendição de contas da burocracia e pode denegar o benefício ao beneficiário ao qual estava destinado. Da mesma maneira, aplicar normas que não estabelecem um ressarcimento interno diante dos erros burocráticos tais como a demora ou falta sistemática de pagamentos de dívidas ou a redução ou rescisão ilegítima dos benefícios, diminuem a segurança do beneficiário no programa.

A outra parte análoga da administração dos programas de benefícios públicos compreende a solicitação, revisão e adjudicação ou denegação dos benefícios. Enquanto o primeiro passo – a adoção das normas de aplicação – é uma extensão do processo legislativo, este segundo passo se assemelha mais à adjudicação, já que consiste em uma determinação individualizada baseada em fatos específicos. A arbitrariedade, a ineficiência ou a corrupção durante esta etapa podem frustrar até o conjunto de normas processuais mais bem confeccionado. Este é outro caso no qual a transparência em termos de processos e critérios e a prestação de contas, através da revisão interna das decisões, exemplificam a aplicação do estado de direito. No entanto, nesta etapa é necessário um terceiro elemento: o direito de quem solicita o benefício de ser escutado, tanto durante o processo de solicitação como em resposta a uma decisão que seja adversa para ele. O fracasso de qualquer destes três elementos pode pôr em risco a administração dos benefícios previstos.

O último ator na administração dos programas de benefícios públicos é o poder judicial. A oportunidade para a supervisão judicial e a correção de atos ilícitos por parte da burocracia é um elemento central na hora de aplicar o estado de direito a estes programas. As debilidades durante esta etapa incluem a possível exclusão da revisão por parte de um tribunal, impedimentos para ter acesso aos tribunais por razões de custos, localização ou requisitos legais, e níveis injustificáveis de deferência para com as decisões da burocracia. Algumas destas questões são abordadas nas normas e leis escritas que regem o processo judicial ou nas leis que criam os programas de benefícios. Outras surgem a partir de práticas de longa data dos tribunais que não são objeto de exame. No entanto, seja qual for a sua origem, podem frustrar o propósito legal ao denegar uma revisão substancial das ações da burocracia.

Programas de outorgamento de licenças e licenças individuais

Tal como se mencionou anteriormente, todas as medidas compreendidas na categoria de justiça administrativa implicam a adoção de medidas similares por parte dos três poderes do Estado, a saber, a sanção das normas escritas que regem os programas, a sua aplicação por parte da burocracia e a supervisão judicial de alguma índole. As debilidades que podem surgir nestes processos são similares para cada atividade, mas é importante debater as diferenças em aspectos fundamentais da atividade administrativa a fim de poder compreender satisfatoriamente os riscos de um estado de direito débil. Apesar de não estarem tão estendidos como os programas de benefícios públicos, os regimes de outorgamento de licenças e licenças individuais têm um impacto direto e com frequência significativo na segurança econômica dos cidadãos. São administrados em todos os níveis do governo e abarcam desde licenças para vendedores ambulantes até matrículas para profissionais, entre eles médicos e advogados.

Assim como acontece com os programas de benefícios públicos, os pontos cruciais incluem o processo de solicitação, a revisão e a adjudicação ou denegação da licença ou da oportunidade de que se reveja uma decisão adversa. Controlar o uso apropriado da licença confere uma dimensão administrativa provavelmente maior do que a revisão do uso indevido dos benefícios, e requer procedimentos

periódicos e transparentes. Procurar a aplicação efetiva do estado de direito nesta área de atividade administrativa estabelece grandes desafios devido à ampla disparidade econômica no objeto das licenças. Enquanto que outorgar matrículas a profissionais médicos pode justificar regras complexas e detalhadas, a emissão de uma licença a um vendedor para uma barraca em um mercado deveria ser um processo muito mais simples. No entanto, as preocupações sobre a transparência, a prestação de contas e a oportunidade de ser escutado são, em essência, as mesmas.

Programas normativos com impactos individuais

Uma última área geral da atividade administrativa que afeta a segurança dos indivíduos é a regulamentação da saúde, da segurança, do meio ambiente e da economia, com inclusão dos impostos. Esta é uma área na que a maior parte do impacto recai sobre as empresas e as grandes organizações. No entanto, quando os indivíduos enfrentam diretamente com o processo normativo, a falta de normas e procedimentos efetivos pode ter efeitos devastadores. Além disso, trata-se de uma área na qual abunda a corrupção em muitas sociedades nas quais não é possível recorrer a meios lícitos de resolução, seja porque não estão disponíveis, porque resultam ser pouco práticos, ou em razão do seu custo. Um exemplo disso é o caso de um vendedor de alimentos ou um pequeno estabelecimento de comidas interdito por um inspetor da vigilância sanitária por alguma infração, o qual provavelmente estará em ruínas antes de poder resolver o assunto. A ausência de procedimentos efetivos para situação como essa cria a oportunidade e o incentivo para que se cometam atos de corrupção. A transparência é de grande importância nestes casos, já que quem deve se submeter à regulamentação deve conhecer as regras e normas que deve cumprir para evitar sanções. A mesma importância tem a oportunidade de revisão em forma expeditiva, que advogue por um sistema bem desenvolvido de apelações internas antes de chegar à instância de solicitar uma revisão judicial. Na área normativa, resultam ser fundamentais a qualidade das leis escritas e as suas regulamentações, assim como a transparência e a rendição de contas do organismo de controle. Os tribunais podem oferecer uma reparação maior nesta área do que na de benefícios públicos ou ações relacionadas com licenças individuais, já que os riscos econômicos são maiores; no entanto, qualquer sistema administrativo que depende constantemente do poder judicial para reafirmar a sua rendição de contas é débil ou defeituoso. Na seguinte seção deste trabalho, será tratada a questão de como impedir este problema.

A aplicação do estado de direito à justiça administrativa

Como se pode inferir do debate anterior, são três os elementos-chaves do estado de direito que se aplicam em forma direta ao sistema de justiça administrativa: a transparência, a oportunidade de ser escutado e as vias de ressarcimento adequadas. Nesta seção, será debatido como se manifestam estes elementos na justiça administrativa e como se pode otimizar a sua função por meio de requisitos processuais.

Transparência

Nenhum sistema pode esperar que os indivíduos cumpram com as normas que desconhecem. Da mesma maneira, não podem existir vias de ressarcimento adequadas se não se expõem as razões de uma sentença adversa. Existem dois princípios centrais do requisito de transparência na justiça administrativa. É axiomático que as leis devam ser públicas e devam estar disponíveis para todos aqueles a quem se aplicam. Resulta ser igualmente importante, ainda que menos provável, que aqueles que se veem afetados pelas regulamentações tenham fácil acesso a elas. Isso se aplica não só às restrições normativas, mas também as regras para apresentar solicitações e os procedimentos e critérios para outorgar licenças, licenças individuais e benefícios públicos. Assim, é pouco provável que um sistema administrativo que depende, por exemplo, da publicação de normas em um boletim oficial possa gozar de um amplo reconhecimento ou difusão. Apesar de que em muitos países a legislação escrita agora esteja disponível na Internet, a presença das regulamentações na Web não é tão frequente. Se a

isso se acrescenta o fato de que as populações que mais provavelmente necessitam os benefícios públicos em geral têm acesso limitado à Internet, os desafios para conseguir a transparência se tornam evidentes. Resulta ser essencial, então, contar com sistemas especiais para notificar as oportunidades e os requisitos que devem ser cumpridos para ter acesso aos benefícios públicos. Também são necessárias iniciativas similares para notificar os requisitos necessários para obter licenças e licenças individuais. Apesar de as atividades de informação pública não serem tecnicamente requisitos “impostos por lei”, constituem elementos essenciais de um estado de direito efetivo.

O segundo aspecto da transparência na justiça administrativa é a necessidade de dar explicações com relação às decisões adversas. As denegações, revogações ou a imposição de sanções normativas têm consequências jurídicas e econômicas significativas. As partes afetadas devem conhecer em que se fundamenta uma sentença adversa para poder corrigir a sua solicitação ou a sua conduta, ou para solicitar uma revisão, seja ela interna, com o organismo governamental, ou perante a justiça. Apesar de o que foi dito se apresentar como um requisito fundamental, em geral não se encontra disponível no âmbito dos procedimentos para outorgar licenças / licenças individuais ou benefícios públicos básicos. Sem nenhum tipo de justificativa de fundo, o candidato cuja solicitação foi denegada não tem em que basear um pedido de revisão e a única coisa que pode fazer é tentar decifrar que questões abordar em uma apelação. Não é necessário que explicação seja detalhada para satisfazer esta necessidade. Por exemplo, alguns organismos adotaram um sistema no qual se indicam um ou mais causas comuns de denegação em uma espécie de cartão, o que permite ao candidato ter alguma ideia de por onde começar o processo de revisão.

Existem outros aspectos em termos de transparência além dos dois aqui propostos, entre eles as leis sobre o acesso à informação governamental, que permitiram que os registros do governo sejam de domínio público. O princípio é claro: um estado de direito efetivo requer que quem se submete à lei conheça satisfatoriamente que impacto tem esta sobre eles.

Oportunidade de ser escutado

Ademais de receber informação de quem intervém no sistema de justiça administrativa também exigem a oportunidade de expor os seus pontos de vista. Isto é essencial no contexto de dar uma resposta diante uma ação governamental adversa. Uma pessoa que solicite a revisão da denegação de um benefício ou licença deve poder apresentar as suas razões perante alguém imparcial responsável por tomar a decisão. Esta oportunidade também pode resultar muito valiosa na preparação das regulamentações. Ao solicitar os comentários do público e levá-los em consideração no processo de aplicação de normas e procedimentos, o governo tem a oportunidade de identificar problemas práticos antes que sejam consagrados na lei. A participação dos mais afetados pelas regulamentações nesta primeira etapa aumenta tanto a conscientização sobre as normas que, em definitiva, sejam estabelecidas com o respaldo que lhes é oferecido. Apesar de os Estados Unidos terem sido os pioneiros no estabelecimento de normas através do processo de “notificação e comentário” (*“notice and comment”*), este se transformou hoje em dia em um componente básico em vários países e em alguns acordos multinacionais.

Vias de ressarcimento

A terceira aplicação-chave do estado de direito à justiça administrativa é a oportunidade de solicitar um ressarcimento diante de uma ação governamental adversa. Tal como se ilustra anteriormente, contar com a possibilidade de recorrer a um funcionário imparcial é um aspecto fundamental para a rendição de contas dentro do sistema administrativo. Essas revisões, realizadas na essência do organismo, beneficiam tanto ao indivíduo como ao governo, já que o organismo em questão tem a oportunidade de corrigir os seus erros e manter a coerência na tomada de decisões. Tal revisão funciona unicamente se for realizada por um funcionário sem segundos interesses que possa fazer uma avaliação justa e que,

além disso, a perceber como tal. Caso contrário, a possibilidade de recorrer a um tribunal deve ser o mais simples e econômica possível.

A tomada de um grande número de decisões, como inúmeros programas de benefícios públicos, pode exigir algum modo de revisão institucionalizada a qual possam as pessoas as quais o benefício tenha sido negado tenham acesso, sem necessidade de recorrer a um assessor legal. Dado que estes conflitos não costumam chegar à instância judicial, a equidade exige uma revisão simples, mas significativa, dentro do organismo governamental a fim de garantir que os fatos tenham sido considerados e que as normas tenham sido aplicadas de forma equitativa.

Benefícios de um sistema de justiça administrativa congruente com o estado de direito

O fato de abordar as debilidades do estado de direito no setor da justiça administrativa pode encontrar benefícios significativos independentes de um melhor governo. Devido a que é maior o número de pessoas que entra em contato com o sistema de justiça administrativa do que com os sistemas penal ou civil, as melhoras têm uma repercussão mais ampla entre a cidadania. As reformas que oferecem às pessoas uma maior segurança em termos de benefícios públicos ou licenças e licenças individuais também incutem uma maior confiança no governo em geral. Ao reduzir as percepções de “hermeticidade” e arbitrariedade nos processos, é possível que os cidadãos comecem a considerar outras funções do governo como mais justas e ao serviço de interesse público em general, e não de alguns poucos privilegiados.

As melhoras em termos de transparência e rendição de contas também podem contribuir para reduzir as oportunidades de corrupção em pequena escala. A difusão adequada das normas e parâmetros e um fácil acesso aos funcionários governamentais de alto escalão para solicitar revisões de ações adversas podem reduzir as oportunidades para que os funcionários governamentais de menor escalão, entre eles os inspetores, solicitem subornos baseando-se em decisões arbitrárias. Apesar de não ser uma panaceia, as reformas da justiça administrativa podem limitar a arbitrariedade dos funcionários e aumentar a sua responsabilidade de prestar contas.

No geral, a justiça administrativa não é um assunto que seja tratado nos debates sobre a aplicação do estado de direito. Tal como se ilustra neste trabalho, isso põe em risco a segurança econômica dos cidadãos de formas que, em geral, passam despercebidas. A aplicação de melhores normas e de práticas mais transparentes pode dar resposta às debilidades do estado de direito e otimizar a proteção que este oferece aos cidadãos.

Bibliografia

Bergling, Per, 2006. Rule of Law on the International Agenda: International Support to Legal and Judicial Reform in International Administration, Transition and Development Co-operation. Antwerp: Intersentia.

Peruzzoti, Enrique and Catalina Smulovitz, eds. 2006. Enforcing the Rule of Law: Social Accountability in the New Latin American Democracies. University of Pittsburgh Press.

Rose-Ackerman, Susan and Peter L. Lindseth, eds. 2010. Comparative Administrative Law. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited.

Russell-Einhorn, Malcolm L. and Howard N. Fenton, 2008. Using Administrative Law Tools and Concepts to Strengthen USAID Programming: A Guide for USAID Democracy and Governance Officers. Washington: United States Agency for International Development.

Tamanaha, Brian Z. 2004. On the Rule of Law: History, Politics, Theory. Cambridge University Press.

Tebilcock, Michael J. and Ronald J. Daniels, 2008. Rule of Law Reform and Development: Charting the Fragile Path of Progress. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited.