

# Los principios de procedimiento administrativo en Brasil y los desafíos de igualdad y de seguridad jurídica

Por *Ricardo Perlingeiro*, Rio de Janeiro

Traducción: *Ruth Stella Correa Palacio*, Bogotá\*

## 1. Introducción

### 1.1 Proceso o procedimiento administrativo

En Brasil, se prefiere la terminología “proceso administrativo” en lugar de “procedimiento administrativo”, con fundamento en que “proceso” designa el todo teleológico del instituto en tanto que el término “procedimiento” designa apenas el encadenamiento de las fases del proceso.<sup>1</sup> La expresión proceso administrativo, como sinónimo de “procedimiento adminis-

\* *Ricardo Perlingeiro*, Juez Federal en la Sección Judicial de Rio de Janeiro. Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal Fluminense. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y del Instituto Brasileiro de Derecho Procesal. E-mail: rpering@terra.com.br

*Ruth Stella Correa Palacio*, Consejera de Estado del Consejo de Estado de Colombia. Profesora Catedrática de la Universidad Libre de Colombia y de la Universidad Javeriana. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Miembro de la comisión redactora del Código Colombiano de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia, Ley 1437/2011. E-mail via: rpering@terra.com.br

<sup>1</sup> *Vitor Rhein Schirato*, O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia. in: Odete Medauar y Vitor Rhein Schirato (eds). Atuais rumos do processo administrativo, São Paulo, 2010, p. 18; *Sérgio Ferraz y Adilson Abreu Dallari*, Proceso administrativo, 2. ed., São Paulo 2007, p.35; *Odete Medauar* llega a afirmar que “La resistencia al uso del vocablo proceso en el campo de la Administración Pública, explicada por el recelo de confusión con el proceso jurisdiccional, deja de tener consistencia en el momento en que se acoge la procesalidad amplia, esto es, la procesalidad asociada al ejercicio de cualquier poder estatal. En conclusión, hay proceso jurisdiccional, proceso legislativo, proceso administrativo; o sea, el proceso recibe el adjetivo del poder o función del que es instrumento (O princípio da razoável duração do processo administrativo, in: Odete Medauar, Vitor Rhein Schirato (op. cit.), p. 44. El adjetivo, de esa forma, permite especificar a cuál ámbito de la actividad estatal se refiere determinado proceso” La excepción está con *Celso Antonio Bandeira de Mello* que, a pesar de admitir el acierto de la nomenclatura “proceso administrativo”, prefirió continuar utilizando la expresión “procedimiento administrativo” mas por razones de tradición de derecho administrativo (Curso di direito administrativo, São Paulo 2006, p. 465). *Diogo Freitas do Amaral* (Curso di direito administrativo, Almedina 2009, p.289-298), en Portugal, noticia que la expresión “proceso administrativo gracioso” fue sustituida por procedimiento administrativo, pero deja a salvo que no niega la naturaleza procesal del procedimiento administrativo. Cita a Marcello Caetano, Marques Guedes, Rui Machete y Alberto Xavier como adeptos de la tesis procesalista de procedimiento administrativo. En sentido contrario, Manuel María Diez “Algunos autores usan los términos proceso y procedimiento como sinónimos. Esta posición es insostenible, ya que no se pueden identificar ambas instituciones ignorando el problema que presentan” (apud *Pedro Aberastury e Maria Rosa Cilurzo*, Curso de procedimiento administrativo, Buenos Aires 1988, p. 17).

trativo”, está presente en la Constitución Federal (CFRB/88) y en la legislación, en especial en la Ley Federal nº 9.784, de 29 de enero de 1999.<sup>2</sup> Cuando se desea hacer referencia al proceso ante los tribunales, en Brasil, se acostumbra decir simplemente “proceso judicial”, “proceso civil de las causas de intereses de la administración pública” o, más recientemente, “derecho procesal público”, esto por influencia de un sistema monista de jurisdicción que, tradicionalmente, se vale de los principios de derecho procesal civil. Sin embargo, en el presente texto, insistiremos en “procedimiento administrativo”, que es más comprensible en los sistemas nacionales europeos y latino-americanos.

### 1.2 La ley general brasileña de procedimiento administrativo y sus antecedentes

El derecho administrativo brasileño, con un sistema federal de tres niveles, confiere a cada ente estatal autonomía legislativa para el procedimiento administrativo, sin perjuicio de argumentos en sentido contrario, como el de que, tratándose verdaderamente de “proceso” y no de “procedimiento” administrativo la competencia legislativa sería únicamente de la Unión.<sup>3</sup> De toda suerte, la Ley Federal nº 9.784/99, que tomamos por base para este texto,

<sup>2</sup> En la CRFB/88, los siguientes dispositivos: Art. 5º, LIV- “ninguno será privado de la libertad o de sus bienes sin el debido proceso legal; [...] LV- a los litigantes, en proceso judicial o administrativo, y a los acusados en general se les asegura la contradicción y amplia defensa, con los medios y recursos a ella inherentes; [...] LXXII – se concede el *habeas-data* [...] b) para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo por proceso confidencial, judicial o administrativo; [...] LXXVIII - a todos, en el ámbito judicial y administrativo, son asegurados la razonable duración del proceso y los medios que garantizan la celeridad de su trámite.” Art. 37, XXI – “excepto los casos especificados en la legislación, las obras, servicios, compras y cesiones serán contratados mediante proceso de licitación pública que asegure igualdad de condiciones a todos los concurrentes, con cláusulas que establezcan obligaciones de pago, el mantenimiento de las condiciones efectivas de la propuesta, los términos de la ley, la cual solamente permitirá las exigencias de calificación técnica y económica indispensables a garantizar el cumplimiento de las obligaciones.”

Art. 41, §1º – “El servidor público estable sólo perderá el cargo: [...] II – mediante proceso administrativo en que le sea asegurada amplia defensa” Ejemplos en las leyes: Ley No. 8.884/94, Título VI, que utiliza la expresión “proceso administrativo”; Decreto No 2.187/97; Ley No 9.605/98, de Alagoas (Ley No. 6.161/2000) y de Mato Grosso (Ley No. 7.692/2002) utilizan la expresión “procedimiento administrativo” (*Sergio Ferraz y Adilson A. Dallari, Proceso administrativo, São Paulo, 2007*). También vale citar el Código de organización y de procedimiento de la Administración Pública del Estado de Sergipe, Ley adicional No 33, de 26 de diciembre de 1996, elaborada, entre otros, por *Carlos Ayres de Brito c.f. Mello* (antes nota 3), p. 464.

<sup>3</sup> *Carolina C. Lima*, Por uma lei geral de processo administrativo, in: Medauar (antes nota 3), p. 53-77. Conforme al art. 22, I de la Constitución “Compete privativamente a la Unión legislar sobre: I – derecho civil, comercial, penal, procesal, electoral, agrario, marítimo, aeronáutico, espacial y de trabajo.”; art. 24 “Compete a la Unión, a los Estados y al Distrito Federal legislar concurrentemente sobre: [...] XI – procedimientos en materia procesal”; art. 18 de la Constitución “La organización político-administrativa de la República Federal de Brasil comprende la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, todos autónomos, en los términos de esta Constitución.”

es considerada la ley general de procedimiento administrativo y aplicable subsidiariamente a los estados y municipios.<sup>4</sup>

Hasta el advenimiento de la aludida ley, en 1999, el sistema brasileño convivía con normas dispersas, excepto en algunos estados de la federación como Sergipe y São Paulo. Ese periodo es recordado por Odete Medauar:

Se puede indicar, como ejemplo, los estatutos de servidores, dotados de reglas sobre el proceso administrativo disciplinario, aunque también hay figura la posibilidad de sancionar con base en la llamada “verdad sabida”, sin derecho a la contradicción y a amplia defensa, lo que se convirtió, después, en notoriamente constitucional. También en ese periodo se expidió el Decreto 70.235/1972 (al que se le atribuye fuerza de ley), disciplinando el proceso administrativo fiscal; Decreto todavía vigente, con alteraciones posteriores. Dada la ausencia de norma sobre el derecho de defensa para el servidor en etapa probatoria y en virtud de varios despidos o exenciones sumarias impugnadas judicialmente, el Supremo Tribunal Federal, antes de la Constitución de 1988, emitió la *Súmula 21*<sup>5</sup>, fijando la exigencia de previa instauración de proceso administrativo (bajo el nombre de investigación). Después de la Constitución de 1988, algunos textos legales específicos vieron la luz, con ítems dedicados al proceso administrativo o con disposiciones garantizadoras de contradicción y amplia defensa. Ejemplos son los indicados a continuación. En la Ley 8.844/94 figura el Título VI bajo el nombre “Del proceso administrativo” (arts. 30 a 53). Por su parte, el Código de Defensa del Consumidor – Ley 8.078/90 contiene capítulo sobre sanciones administrativas, donde varias disposiciones mencionan la aplicación de las penalidades mediante proceso administrativo; el Decreto 2.181/1997 que reglamenta algunos preceptos de aquel, trae un capítulo denominado “Del proceso administrativo”. La Ley 8.666/1993 – Licitaciones y contratos –, en diversas disposiciones, asegura la contradicción y la amplia defensa; así, por ejemplo, en el art. 49, §3º – en caso de deshacimiento del proceso licitatorio; en el art. 78, parágrafo único – casos de rescisión contractual; art. 87, *caput*<sup>6</sup> previa defensa del contratado, en caso de aplicación de sanciones por inejecución parcial o total; art. 109, §3º – contradicción de los demás licitantes, en caso de interposición del recurso administrativo. La llamada Ley de Crímenes Ambientales – Ley 9.605/1998, o art. 70, §4º, determina que las infracciones ambientales sean aclaradas en proceso administrativo, asegurando el derecho de amplia defensa y la contradicción.

### 1.3 El anteproyecto de Ley nº 9.784/99

El anteproyecto que resultó en la referida Ley nº 9.784/99 fue elaborado por una Comisión instituída en 1995 e integrada por los siguientes juristas: Diego de Figueiredo Moreira Neto, Inocencio Mártires Coelho e Silva, José Carlos Barbosa Moreira, Adilson Dallari, José Joaquim Calmon de Passos, Paulo Eduardo Modesto, Carmen Lúcia Antunes Rocha e Odete Medauar. De la exposición de motivos, vale destacar los siguientes apartes:

<sup>4</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justicia. MS 21894/RS. Rel. Arnaldo Esteves Lima. Brasilia, DF, 17 dic. 2007. En el mismo sentido *Lucas Rocha Furtado*, Curso de direito administrativo, Belo Horizonte 2007, p. 1213; *Claudio Brandão de Oliveira*, Manual de direito administrativo, Rio de Janeiro, 2009, p. 325.

<sup>5</sup> Las súmulas son enunciados que sintetizando las decisiones asentadas por el respectivo tribunal en relación a determinados temas específicos de su jurisprudencia, sirven de orientación a toda la comunidad jurídica.

<sup>6</sup> *Caput* es el término, generalmente usado en los textos legislativos, en referencia al enunciado del artículo. *Caput* viene del latín y significa “cabeza”.

Atendiendo al mandato del art. 37 de la Constitución, que destacó la aplicación de los principios esenciales de legalidad, impersonalidad, moralidad y publicidad. A ellos fueron, sin embargo sumados otros igualmente estructurales, acogidos en ley, como en la doctrina y la jurisprudencia. [...] El proyecto procura enunciar los criterios básicos a que se deben someter los procesos administrativos en función de los indicados principios, cuidando el conjunto de derechos y deberes de los administrados, así como el deber de la administración de decidir sobre las pretensiones de los interesados. [...] Adoptó la comisión, como regla, el modelo de una ley sobria que, atendiendo la esencia en la regulación de los puntos fundamentales de procedimiento administrativo, no inviabilice la flexibilidad necesaria al área creativa del poder discrecional en medida compatible con la garantía de los derechos y libertades fundamentales.

Como se percibe, es característica del derecho administrativo brasileño una constitucionalización marcada por principios que acaban siendo reproducidos en la legislación infraconstitucional.<sup>7</sup> De acuerdo a la Ley nº 9.784/99, se aplican a los procedimientos administrativos, también afectos a la Administración Pública, los principios de legalidad, finalidad, interés público, moralidad, igualdad, motivación, razonabilidad, proporcionalidad, publicidad, seguridad jurídica y eficiencia, así como los principios procesales del debido proceso legal, de amplia defensa, contradicción, doble grado, duración razonable, oficiosidad, defensa técnica facultativa, buena fe procesal, protección de intereses colectivos y difusos, imparcialidad, informalidad, prohibición de prueba ilícita, razonable duración del procedimiento administrativo y medidas cautelares.

Ante ese extenso rol de principios, todos relacionados, directa o indirectamente, con el procedimiento administrativo y teniendo en cuenta el objetivo de analizar la forma en que ellos son logrados en la referida ley, vale agruparlos en función del campo predominante de su incidencia: los principios de derecho administrativo y los principios de derecho procesal. Observaremos, todavía, que, dependiendo de la perspectiva, algunos principios se manifiestan de manera diferente en cuanto a los aspectos formales (*procedendo*) y los aspectos sustanciales (*judicando*) de la decisión administrativa.

## 2. Alcance y finalidad del procedimiento administrativo

En la dicción de la Propuesta de Código Modelo de Procesos Administrativos (judicial y extrajudicial) para Iberoamérica, se considera procedimiento administrativo, sometido a las garantías de contradicción y amplia defensa, todo y cualquier procedimiento destinado a preparar decisiones que puedan incidir sobre intereses o derechos de los interesados, así

<sup>7</sup> Observación de *Rodrigo Pagani de Souza*, As varias faces do princípio contraditório no processo administrativo, in *Medauar* (antes nota 3), p. 110. La CRFB/88 dispone que “La Administración pública directa e indirecta de cualquiera de los Poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios deberá cumplir los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia [...]” (art. 37). El fenómeno también es verificado en Europa, como, por ejemplo, en las Constituciones de Grecia (1975), Portugal (1976) España (1978), Polonia (1997) y República Checa (1992), que contienen reglas sobre procedimiento administrativo, *Michel Fromont*, Droit administratif des états européens, París, 2006, p.214. La Constitución italiana prevé expresamente los principios de “buon andamento dell’amministrazione” y de la “imparzialità” (art. 97).

como todo y cualquier procedimiento en que se configure una controversia entre la Administración y el interesado, o entre personas físicas o personas jurídicas de derecho público o privado, cuya solución pueda venir de la Administración.<sup>8</sup>

En ese contexto, el procedimiento administrativo – dotado de amplia defensa y de contradicción efectivos – será previo, de manera que legitime la constitución de actos administrativos individuales que generan efectos restrictivos de derechos o intereses. Con iguales garantías, se encuentran incluidos en la noción de procedimientos administrativo el derecho a la impugnación o de recurso contra los actos o decisiones administrativas adoptadas.<sup>9</sup>

Tratándose de actos generales (concretos o abstractos/reglamentos) o individuales con efectos generales (con elevada complejidad de intereses involucrados) que tengan el potencial de restringir derechos, se admite también el procedimiento administrativo previo, pero, por medio de consulta popular o audiencias públicas.<sup>10</sup> No obstante, en estos casos, es

<sup>8</sup> Art. 3º de la Propuesta de Código de Procesos Administrativos (judicial y extrajudicial) para Iberoamérica (texto aprobado en reunión ocurrida en la Universidad Libre de Colombia, en Bogotá, los días 28, 29 y 30 de marzo de 2011, por Comisión específica del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal compuesta por los profesores: Ada Pellegrini Grinover, Brasil; Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, Brasil; Ruth Stella Correa Palacio, Colombia; Eurípides Cuevas, Colombia; Angel Landoni Sosa, Uruguay; Odete Medauar, Brasil; Juan Antonio Robles Garzón, España; Ignacio M. Soba Brasesco, Uruguay; y Rosa Gutiérrez Sanz, España. Propuesta sujeta a revisión por la Comisión revisora y a la apreciación de la Asamblea General del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en las Jornadas Procesales de 2012, en Buenos Aires).

<sup>9</sup> Según *Alfonso Nava Negrete*, “Los procedimientos administrativos principales se advierten en la vida legal y práctica de la administración: el de elaboración o producción del acto administrativo y el de impugnación del mismo” (Derecho administrativo mexicano, México D.F.1995, p. 301). En el mismo sentido, *Aberastury y Cilurzo* (antes nota 3), p. 27. El derecho administrativo francés siempre se fundamentó en una dicotomía entre la Administración y los ciudadanos, a la adopción de una decisión y el derecho del ciudadano de impugnarla (*Jean-Pierre Ferrier*, El procedimiento administrativo en Francia, in: *Javier Barnés* (ed), El procedimiento administrativo en el derecho comparado, Madrid 1993, p. 360-361).

<sup>10</sup> *Allegretti y Pastori* (apud Odete Medauar, O direito administrativo em evolução. 2. ed. São Paulo 2003, p. 226-227). En Brasil, las consultas públicas y audiencias públicas están reglamentadas en los arts. 31 y 32 de la Ley 9.784/99. La posibilidad de participación, por medio de consulta pública o audiencia popular, en la elaboración de actos administrativos de efectos generales también está presente en la legislación de Costa Rica, de Perú, de México y de Venezuela (*Allan Brewer-Carias*, Principios del procedimiento administrativo en América Latina, Bogotá, 2003, p. 98-99). No obstante, no es común que leyes de procedimiento administrativo reglamenten el asunto, de acuerdo con *Hans Meyer* (El procedimiento administrativo en la República Federal de Alemania, in: *Barnés* (antes nota 11), p. 293). En Francia, la participación de los interesados en la toma de decisiones de interés colectivo ha sido un debate difícil, estado a cargo de la Comisión Nacional de Debate Público, hoy con estatus de autoridad administrativa independiente, la función de velar por el fortalecimiento de la participación popular en el procedimiento de elaboración de proyectos urbanísticos de repercusión económica y ambiental (*Marcel Pochard*, La Administración Pública y la protección de los derechos fundamentales. In: Consejo de Estado de la República de Colombia, Seminario Franco-Colombiano sobre la reforma a la jurisdicción contencioso administrativa, Bogotá 2008, p. 85-86; *Fromont* (antes nota 9), p. 220-221). La ley britá-

facultad del interesado, en momento posterior, la iniciativa de un procedimiento administrativo, con plenitud de contradicción, para apartar los efectos concretos de los actos generales (o actos individuales con efectos generales), de la misma manera que también es admitido un procedimiento administrativo a cualquier controversia cuya solución pueda venir de la administración.<sup>11</sup>

Existen, todavía, los procedimientos *interna corporis* destinados a actos o decisiones de organización administrativa o de control que, en tanto comportamientos internos, no generan derechos o deberes a interesados extraños a la Administración. Por esta razón, tales procedimientos no comprenden pretensiones propiamente dichas y, consecuentemente, no reclaman las garantías procesales fundamentales.

### 3. Principios de derecho material

#### 3.1 Principios de legalidad, de finalidad y de interés público

El principio de legalidad tiene como objetivo la sumisión de la Administración al derecho, y su previsión en las leyes de procedimiento administrativo tiende a reforzarlo, conforme consta en la ley peruana: “Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.”<sup>12</sup> Según Brewer-Carías (2003, p.3), el principio de legalidad se desdobra en otros cuatro principios fundamentales: el principio de sumisión al derecho; el principio de jerarquía, que por vía interpretativa de las leyes permite afianzar la legalidad; el principio de organización administrativa, que configura también un marco de legalidad; y, por último, el principio de los límites de la discrecionalidad, o sea, la reducción de la arbitrariedad, que igualmente, encuentra consagración positiva.<sup>13</sup>

nica fue la que más invirtió en los procedimientos públicos, por medio de las audiencias públicas: “Incontestablement, c'est le droit britannique qui a donné le plus d'importance aux procédures publiques qui sont appelées enquêtes publiques. Ce qui caractérise les enquêtes, c'est que celles-ci commencent par des mesures de publicité permettant à l'ensemble des personnes intéressées de prendre part aux audiences qui sont ensuite organisées de façon contradictoire selon un modèle quasi juridictionnel, mais qui ne portent en principe que sur la situation de fait du territoire concerné, ce qui permet ensuite à l'autorité administrative compétente de prendre en considération des objectifs qui dépassent le strict cadre territorial” (op. cit., p. 220)

<sup>11</sup> Al respecto de la tipología del procedimiento administrativo, vale consultar *Odebre Medauar* (A processualidade no direito administrativo, 2. ed. São Paulo 2008, p. 134-140). También ver ítem 5.1. y notas de pie de página sobre los procedimientos administrativos con pretensiones cuyos fundamentos comprendan cuestiones de interés general.

<sup>12</sup> Ley No. 27.444/2001 (Ley de procedimiento administrativo general, art. IV, 1.1, del Título Preliminar).

<sup>13</sup> Segundo Aberastury y Celurzo, del principio de legalidad son extraídos los principios de informalidad y de oficiosidad (1998, p. 29-34), y del principio de debido proceso legal, el de amplia defensa, el de ofrecer y producir pruebas y el derecho a una decisión fundamentada (op. cit., p. 34-38)

En cuanto al principio de finalidad, Bandeira de Mello resalta su íntima relación con el principio de legalidad: “En rigor, el principio de finalidad no es una consecuencia del principio de legalidad. Es más que eso: es una inherencia de él; está en él contenido, pues corresponde a la aplicación de la ley tal cual es: o sea, en la conformidad de su razón de ser, del objetivo a la vista por el que fue expedida. Por eso se puede decir que tomar una ley como soporte para la práctica de un acto incompatible con su finalidad no es aplicar la ley; es desvirtuarla; es burlar la ley so pretexto de cumplirla. De ahí el porqué esos actos incurso en este vicio – denominado ‘desvío de poder’ o ‘desvío de finalidad’ – son nulos. Quien desatiende al fin legal desatiende la propia ley.”

El principio de interés público, norte del derecho administrativo, es ilustrado por la ley de procedimiento administrativo de Costa Rica: “1. El servidor público deberá desempeñar sus funciones de modo que satisfagan primordialmente el interés público, el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados. 2. El interés público prevalecerá sobre el interés de la Administración Pública cuando pueda estar en conflicto. 3. En la apreciación del interés público se tendrán en cuenta, en primer lugar, los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia”.<sup>14</sup> En el mismo sentido, Allegretti anota que el interés público no pertenece a la Administración como suyo propio, más al cuerpo social y nace de la composición entre los varios intereses públicos, los intereses privados y los de grupo (admitida, por tanto, una relación de composición entre los diversos intereses, y de contraposición extrínseca).<sup>15</sup>

Se registra, aún, que “la atención al interés público reside en la propia preservación de los derechos fundamentales (y no en su limitación en pro de algunos intereses opuestos de la colectividad), e impone a la Administración el deber jurídico de ponderar los intereses en juego, buscando su realización hasta un grado máximo de optimización.”<sup>16</sup> El interés público es esencialmente interdisciplinario y propio de la Ciencia de la Administración (WOLFF, 2006, p. 424), y, en el campo de la justicia administrativa brasilera, el “interés público” viene siendo relacionado con la “judicialización de las políticas públicas” y, consecuentemente, con la necesidad de constante ponderación sobre temas de áreas de conocimiento distintas, lo que justifica tentativa de formación interdisciplinaria de los magistrados.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Ley 6227/1978 (Ley General de la Administración Pública), de autoría de Eduardo Ortiz Ortiz.

<sup>15</sup> Legge generale sui procedimenti e moralizzazione amministrativa, Scriti in onore di Massimo Severo Gianiini, 1988, v. 3, p. 7, (apud *Medauar*, (antes nota 12), p. 192).

<sup>16</sup> Gustavo Binenbojm (Uma teoria do direito administrativo, 2. ed. Rio de Janeiro 2008, p. 31; 81 y siguientes) “no niega el concepto de interés público, más tan solamente la existencia de un principio de supremacía del interés público.” Sostiene que el interés público reclama siempre un juicio de ponderación por el postulado de proporcionalidad (op. cit., p. 309).

<sup>17</sup> Relacionando “interés público” a “judicialización de las políticas públicas” (Kazuo Watanabe y Carlos Alberto de Salles, Processo civil de interesse público, in: Carlos Alberto de Salles (Org.). Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo 2003,

Los tres principios supramencionados no han pasado desapercibidos por la ley general brasileña. El principio de legalidad está plasmado en el art. 2º, parágrafo único, inciso I, donde consta que los procesos administrativos deberán ser “conforme a ley y a derecho”, y los de finalidad y de interés público en los incisos II, III, y XIII del mismo artículo, así que serán observados los criterios de “atención a los fines de interés general [...]”, de “objetividad en la asistencia del interés público” y de “interpretación de la norma administrativa de la forma que mejor garantice la atención del fin público”.

p. 19; 66-70). En la misma dirección, consta el Proyecto Académico del Programa de Pos-Graduación Justicia Administrativa/PPGJA: “La ofensa al interés público, al ser considerado un límite a la ejecución de las decisiones judiciales contra la Administración Pública, no rara vez, lleva al juez, cuando se trata del juzgamiento sobre la procedencia de los derechos del ciudadano, al deber de ponderar el interés público y, por esto se confunde con el poder estatal de realizar valores constitucionales (políticas públicas), lleva, aún, al juez la misión de exteriorizar el papel actual del judicario, que deja de ser apenas correctivo (retributivo), para también transitar por el camino de la justicia distributiva. A eso, se añade la indeterminación de las expresiones jurídicas ‘interés público’ y ‘valores constitucionales’, íntimamente vinculadas al orden socioeconómico, llevando la inseguridad y la falta de previsibilidad de los juzgamientos, delante de la idea de que valores socioeconómicos pueden influir directamente el esfuerzo hermenéutico del juzgador, aunque no hayan sido previa y suficientemente consagrados por la norma. Por tanto, se parte de una premisa metodológica: la de que toda secuela en las relaciones socioeconómicas provocadas por la jurisdicción administrativa puede ser traducida como una consecuencia jurídica y, como tal, despreciada por el juzgador. Se parte, aún, de la premisa de que el juez administrativo, delante de alegación de ofensa al interés público, se vale de aspectos socioeconómicos tanto de la ponderación de valores constitucionales o de la aplicación de los postulados de proporcionalidad o de razonabilidad para fundamentar sus decisiones siguiendo las garantías del debido proceso legal y de proceso justo. De hecho, una decisión que ignore la realidad socioeconómica, en ciertos casos, podrá ser considerada “ilegítima”, “injusta” o “insostenible” desde el punto de vista socioambiental o, aún, rotulada de “decisión materialmente imposible”, contribuyendo para el descrédito del poder judicial. Todavía, admitida esa influencia socioeconómica sobre el juzgador, si de un lado se busca un proceso justo, de otro se mantiene y se estimula la falta de seguridad y de previsibilidad de las decisiones judiciales, en especial en razón del casi inexistente, a pesar de necesario, diálogo entre juristas, sociólogos y economistas, única forma capaz de propiciar a los juzgadores el conocimiento de los axiomas de naturaleza socioeconómica. En ese contexto, el diálogo a partir de una concepción de justicia distributiva y de desarrollo sostenible, de una nueva visión del concepto de interés público, y de situaciones concretas, debe buscar un referencial e intentar identificar criterios (impersonales y abstractos) claros y objetivos que sean capaces de dimensionar económicamente los valores constitucionales tensionados en los conflictos de intereses de la Administración Pública. Consta en el Proyecto Político Pedagógico del Plan Nacional de mejoramiento y de investigación para jueces federales/PNA 2008-2009, del Consejo de Justicia Federal, que “las decisiones judiciales no son más decisiones estrictamente técnico-jurídicas, más también son decisiones políticas, interfiriendo en la esfera de otros poderes y con amplia repercusión social. Es una realidad la creciente judicialización de las políticas públicas, principalmente en el área social, e, inversamente, como el otro lado de la moneda, la politización del judicario” (Universidad Federal Fluminense/Núcleo de Ciencias del Poder Judicario, Proyecto Académico del Programa de Pos-Graduación Justicia Administrativa-PPGJA, Niterói, 2008).

### 3.2 Principio de proporcionalidad

La doctrina brasilera tiende a establecer una identidad entre los principios de razonabilidad y de proporcionalidad. “En rigor, el principio de proporcionalidad no es sino una faceta del principio de razonabilidad. Merece un destaque propio, una referencia especial, para una mayor visibilidad de la fisonomía específica de un vicio que puede surgir y relacionarse con esta función de desproporcionalidad del acto, señalándose, de esta manera, las posibilidades de corrección judicial apoyándose en este fundamento. Siendo un aspecto específico del principio de razonabilidad, se entiende que su matriz constitucional sea la misma.”<sup>18</sup>

A pesar de que ambos principios están mencionados en el art. 2º, *caput*, solamente el de proporcionalidad fue explicado en la ley nº 9.784/98, encontrándose dispuesto en los siguientes términos: “adecuación entre medios y fines, vedada la imposición de obligaciones, restricciones y sanciones en medida superior a aquellas estrictamente necesarias a la atención del interés público” (art. 2º, VI). Nótese que el referido principio, en la legislación, viene relacionado con el “interés público” y, naturalmente, será utilizado, al lado de los principios de igualdad, buena fe y protección de la confianza legítima, cuando se trata del ejercicio de un poder administrativo discrecional.<sup>19</sup>

### 3.3 Principio de moralidad

El principio de moralidad impone a la Administración una actuación conforme a los principios éticos de probidad, decoro y buena-fe, en los términos del art. 2º, IV, de la ley nº 9.784/98, el ejemplo, también, del reciente Código colombiano de procedimiento administrativo (Ley nº 1437/2011), y de la legislación de Panamá y de Chile.<sup>20</sup> La dificultad, con todo, reside en identificar los patrones de moral automáticamente aplicables a los casos

<sup>18</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo 2006, p. 107-108. Ver también Odete Medauar (antes nota 12), p. 244.

<sup>19</sup> Art. 4º del Código modelo de jurisdicción administrativa para Euro-América: “Cuando la Administración haya ejercido facultades discrecionales, el Tribunal examinará especialmente: [...] c) si han sido vulnerados derechos fundamentales o principios, como el de igualdad, proporcionalidad, interrupción de la arbitrariedad, buena fe y protección de la confianza legítima” (texto elaborado durante los tres seminarios de investigación euro-americana “Código modelo de jurisdicción administrativa”, organizados por el grupo de investigación “Efectividad de la jurisdicción” en la Universidad Federal Fluminense, Niterói, y en la Universidad Alemana de Ciencias de la Administración Pública, Speyer, entre los años 2008 y 2010; aprobado en el III seminario que ocurrió en septiembre de 2010, en Niterói. Participaron de la elaboración: Pedro Aberastury, Hermann-Josef Blanke, Grabiele Bottino, David Capitant, Jesús María Casal, Diana-Urania Galleta, Ricardo García Macho, Leonardo Greco, Lorena Ossio, Gilles Pellissier, Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva y Karl-Peter Sommermann).

<sup>20</sup> Allan R. Brewer-Carias, Los principios del procedimiento administrativo en el nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo de Colombia. Texto de la conferencia en el seminario Internacional de presentación de la Ley 1437 de 2011, organizado por el Consejo de Estado, Bogotá, 1 de feb. 2011. Disponible en: < www.allanbrewercarias.com >. Acceso em: 14 abr. 2011.

concretos, lo que viene siendo una preocupación en Brasil, ante las severas consecuencias de deshonestidad en su sistema jurídico.<sup>21</sup> Si la moral administrativa ha de ser examinada en el campo de la justicia administrativa, nuevamente estaremos delante de una jurisdicción administrativa cuya calidad depende cada vez más de una perspectiva interdisciplinaria.<sup>22</sup>

Sin embargo, anota Lucas Furtado (2007, p. 104-105) que no se quiere que la moralidad sea reducida a legalidad, porque no fue ese el propósito de la Constitución (art. 37) ni de la Ley nº 9.784/99. En ese sentido, decidió el Supremo Tribunal Federal, al considerar constitucional una medida administrativa del Consejo Nacional de Justicia (órgano administrativo disciplinario) que prohibía el nepotismo en el ámbito de la estructura administrativa del Judiciario, sin que esa prohibición se derivara de la ley, mas apenas de la moralidad.<sup>23</sup>

### 3.4 Principio de motivación

La motivación del acto administrativo es relevante para asegurar el control de los criterios adoptados por la administración cuando hay opción por una u otra de las alternativas que la ley le permite. No obstante, en los “actos administrativos vinculados, en que hay aplicación casi automática de la ley, no existiendo campo para interferencia de juicios subjetivos del administrador, la simple mención del hecho y de la regla de derecho puede ser suficiente, por estar implícita la motivación,” (C.A.B. deMello)

En el procedimiento administrativo, la motivación es más amplia, debiendo comprender la indicación de las alegaciones fácticas y jurídicas hechas por los interesados en ejercicio de sus derechos de petición, de defensa y de contradicción. Así viene diciendo el Supremo Tribunal Federal, sobre la influencia de la jurisprudencia de *Bundesverfassungsgericht*, según la cual el derecho de defensa y de contradicción envuelve no solo el derecho de manifestación y el derecho de información, sino también el derecho del individuo de ver

<sup>21</sup> Sérgio Ferraz; Adilson Abreu Dallari, *Processo administrativo*. 2. ed. São Paulo 2007, p. 86. BRASIL.

CRFB/88. Art. 37, §4º - “los actos de deshonestidad administrativa comportarán la suspensión de los derechos políticos, la pérdida de la función pública, la indisponibilidad de los bienes y el resarcimiento al erario, en la forma y gradación previstas en la ley, sin perjuicio del acto penal adecuado.” Art. 55. “Perderá el mandato el Diputado o Senador:[...] II – cuyo procedimiento fuera declarado incompatible con el decoro parlamentario.”

Art. 85. “Son crímenes de responsabilidad los actos del Presidente de la República que atenten contra la Constitución Federal y, especialmente, contra: [...] V – la honestidad en la administración.” Ver también la Ley No. 8.429/92 (Ley de deshonestidad administrativa), que dispone sobre las sanciones aplicables a los agentes públicos en los casos de enriquecimiento ilícito en ejercicio del mandato, cargo, empleo o función en la administración pública directa, indirecta o fundacional y de otras medidas.

<sup>22</sup> V. Proyecto Académico Programa de Pos-Graduación Justicia Administrativa, Universidad Federal Fluminense/Núcleo de Ciencias del Poder Judicial, Niterói, 2008.

<sup>23</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.617/DF. Brasilia, DF. (FURTADO, 2007, p. 104-105).

sus argumentos contemplados por el órgano judicial.<sup>24</sup> Además, partiendo del concepto de que el derecho de petición y el derecho de defensa alcanzan el derecho a una segunda instancia, la motivación es condición *sine qua non* para el ejercicio de esos derechos, puesto que no es viable un recurso contra decisiones sin motivación.

En síntesis de Fromont la motivación de las decisiones administrativas tiene doble función: “D'une part, elle est un simple prolongement des droits de participation et fait partie du mouvement tendant à judiciariser et à démocratiser la procédure administrative. D'autre part, elle contribue au respect du droit en ce qu'elle rend plus aisés à la fois la décision de l'intéressé de assister ou non le juge et le contrôle du juge sur la conformité de la décision au droit”

La necesidad de motivación en los términos de la Ley nº 9.784/98, corresponde al deber de indicar los presupuestos de hecho y de derecho que determinan la decisión (art. 2º, VII), principalmente cuando fuere el caso de negar, limitar o afectar derechos o intereses (art. 50, del inciso I al VIII) o de adoptar medidas urgentes (art. 45). La motivación debe ser explícita, clara y congruente, admitido, sin embargo, valerse de los fundamentos de decisiones o dictámenes anteriores, que en este caso pasan a hacer parte integrante de la decisión (art. 50, § 1º). No obstante, se aceptan decisiones con motivaciones estandarizadas, para casos análogos desde que sean respetadas las eventuales peculiaridades de los derechos de los interesados (art. 50, § 2º).

### 3.5 Principio de publicidad

El principio de publicidad, que pretende la transparencia, tiene rango constitucional (art 37) y está previsto en el art. 2º, V, de la ley en comento, siendo excepcionado por los casos de sigilo para defensa de la intimidad o cuando el interés social lo exige, conforme al art. 5º, LX, de la CRFB/88.<sup>25</sup> También está íntimamente vinculado con el derecho a la información administrativa y el derecho de acceso a los archivos y documentos públicos (art. 5º de la

<sup>24</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MS 25787/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasilia, DF.; Oliveira (antes nota 6), p. 53-54. La propuesta de Código Modelo para Iberoamérica incluye el concepto de contradicción y derecho a una decisión administrativa motivada .

<sup>25</sup> BRASIL. CRFB/88, Art. 5º, LX – “la ley sólo podrá restringir la publicidad de los actos procesales cuando la defensa de la intimidad o el interés social lo exijan.”

CRFB/88, incisos XXXIII, XXXIV, b, y LCCII)<sup>26</sup>, en detrimento del principio de secreto administrativo.<sup>27</sup>

Con todo, es importante registrar que la publicidad en el procedimiento administrativo se limita, correctamente, a los actos y las decisiones administrativas, de modo que, el acceso a los actos procesales, en pleno, comprendiendo documentos y otros escritos, solamente puede ser ejercido por los interesados (arts. 3º, II, y 46) y, eventualmente, por los abogados.<sup>28</sup> Esto quiere decir que es derecho del interesado que no sean reveladas las informaciones en poder de la Administración referentes a su vida personal y a secretos profesionales o comerciales.<sup>29</sup>

En Brasil, existe una visión diferenciada del principio de publicidad, que, en el campo del proceso judicial, viene siendo interpretado hasta las últimas consecuencias, al punto de que los autos y los documentos de las partes están disponibles íntegramente a cualquier persona, con o sin interés en la causa, inclusive con la posibilidad de acceso vía *internet*, lo que en verdad, constituye un factor de intimidación y restricción de la intimidad y, por tanto, de negativa de acceso a la justicia.<sup>30</sup>

<sup>26</sup> BRASIL. CRFB/88. Art. 5º, XXXIV – “son a todos asegurados, independientemente del pago de tasas: [...] b) la obtención de certificados en oficinas públicas, para la defensa de derechos y clarificación de situaciones de interés personal”; [...] LXXII – “se concede el *habeas data*: a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a personas del peticionario, constantes en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; b) para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo por proceso confidencial, judicial o administrativo.”

<sup>27</sup> Brewer-Carias (antes nota 12), p. 109; Amaral (antes nota 3), p. 305. En el derecho francés, la idea original era que las decisiones – unilaterales – resultaban en la ausencia de procedimiento administrativo y, da, también la idea de que la acción administrativa debería ser secreta, Ferrier (antes nota 11), p. 360-361.

<sup>28</sup> Art. 7º, XIII, de la Ley No. 8.906/94 (dispone sobre el Estatuto de la Abogacía y la Orden de los Abogados de Brasil-OAB): “Son derecho del abogado: [...] XIII – examinar, en cualquier órgano de los poderes judicial y legislativo, o de la Administración Pública en general, autos de procesos terminados o en trámite, igual sin apoderado, cuando no estén sujetos a reserva, garantizada la obtención de copias, pudiendo tomar notas.”

<sup>29</sup> Esa es una regla de la ley alemana (§30 VwVfG): Los interesados tienen derecho a que las materias sujetas a secreto, en especial las relativas al dominio de su vida privada, así como al dominio industrial o comercial, no sean reveladas sin su autorización (Código De Procedimiento Administrativo Alemán, 1996, p. 67). A propósito el Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfGE 65, I (44)) decidió que “los peligros que entrañan las bases de datos informáticos para el derecho a la propia personalidad deberán contrarrestarse ‘con previsiones de carácter organizativo y procedimental,’ E. Schmidt-Assmann, Sobre el objeto del procedimiento administrativo em la dogmática administrativa alemana, in: Javier Barnés Vazquez (ed), El procedimiento administrativo em el derecho comparado, Madrid 1993, p. 328.

<sup>30</sup> En opinión de Leonardo Greco, Instituições de processo civil, Rio de Janeiro 2009, p.558: “En otro aspecto, nuestra publicidad es más amplia que la de los países europeos. Entre nosotros todas las piezas de los autos son accesibles al público, en tanto que en la Europa continental, bajo el argumento de la protección de la privacidad de las partes, solamente la audiencia oral y la senten-

### 3.6 Principio de igualdad y de paridad de armas

La impersonalidad administrativa, indicada en el art. 37 de la CRFB/88, corresponde al principio de igualdad administrativa y no pasa de una especificidad del principio general de igualdad previsto en el art. 5º, *caput*, del texto constitucional.<sup>31</sup> Tal principio, también previsto en la Ley nº 9.784/99, debe guiar el contenido de las decisiones y de los actos administrativos, que jamás deben implicar tratamiento diferenciado de ciudadanos que se encuentren en idéntica situación.<sup>32</sup> Además de eso, incidiendo inevitablemente en la justicia administrativa, la impersonalidad de la Administración Pública es el epicentro de uno de los mayores desafíos de la doctrina y del legislador contemporáneo, en tanto determinados a la disminución de los procesos judiciales repetitivos en materia de derecho público.<sup>33</sup>

cia son públicas, de modo que los documentos anexados a los autos son accesibles apenas a las partes. Por el principio de publicidad, todos los ciudadanos, independientemente de tener o no interés en el proceso, son titulares del derecho cívico de acceso al contenido de todos los actos procesales y de observar con su presencia física los actos procesales solemnes u orales.” Con esa misma orientación, el ya transcrita art. 7º, XIII, de la Ley No. 8.906/94. En sentido contrario, a mi modo de ver acertadamente, la reciente Consolidación de Normas de la *Corregedoria* (*Corregedoria* es un órgano correccional de jueces y servidores de la justicia) de la Justicia Federal de la 2ª Región (arts. 190 y siguientes), que interpretando el principio de publicidad, limitó el acceso público apenas a las decisiones: “La publicidad de los actos procesales no exime al juicio de los cuidados necesarios a la preservación del secreto establecido por ley sobre datos, documentos e informaciones contenidos en autos de procesos en curso, aunque no se tramite en secreto de justicia” (Tribunal Regional Federal de 2ª Región, Consolidación de normas de magistratura-Regional de la Justicia Federal de la 2ª Región, Rio de Janeiro, 2001. In: <[http://www.trf2.jus.br/corregedoria/documentos/consolidacao\\_de\\_normas/consolidacao\\_normas.pdf](http://www.trf2.jus.br/corregedoria/documentos/consolidacao_de_normas/consolidacao_normas.pdf)> Acceso en: 19 abr. 2011.

<sup>31</sup> A propósito del tema, el principio de impersonalidad recibe varias interpretaciones de la doctrina brasileña. “Para José Afonso da Silva, ‘significa que los actos y provisiones administrativos son imputables no al funcionario que los práctica, sino al órgano o entidad administrativa en nombre de la cual actúa el funcionario...’ Por consiguiente, el administrado no se confronta con el funcionario que expidió el acto, sino con la entidad cuya voluntad fue manifestada por él.’ Hely Lopez Meirelles asoció la impersonalidad al principio de finalidad, que se expresa como atención del interés público; el administrador queda impedido de buscar otro objetivo o de practicarlo en interés propio o de terceros. En entender de Bandeira de Mello, impersonalidad “traduce la idea de que la Administración tiene que tratar a todos los administrados sin discriminaciones, benéficas o adversas... El principio en comento no es sino el propio principio de igualdad o isonomía”, *Medauar*, (antes nota 13), p. 92-93.

<sup>32</sup> BRASIL. CRFB/88. Art. 5º, *caput* – “Todos son iguales frente a la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileros y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los términos siguientes: [...]”. Art. 37. “La administración pública directa e indirecta de cualquiera de los Poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia [...]”

<sup>33</sup> “El Judiciario debe ser destinatario del principio de la isonomía, buscando tratar igualmente a los jurisdiccionados que se encuentren en la misma situación fáctica. Con base en esta orientación, se justifican determinados instrumentos procesales, tales como: las acciones colectivas, las *súmulas*

En la ley brasileña, el referido principio justifica la exigencia de motivación siempre que la Administración Pública deja de aplicar la jurisprudencia administrativa sobre la cuestión (art. 50, VII) o de seguir *súmula* vinculante del Supremo Tribunal Federal (art. 64-A), y, aún, el deber de la Administración de adecuar, cuando sea necesario, en las *súmulas* vinculantes, las futuras decisiones administrativas en casos semejantes (art. 64-B).

El principio de igualdad también debe ser invocado con una función más procesal, en dirección de la paridad de armas, corolario del principio de contradicción, que, en este punto, no opera con tanta claridad en las legislaciones de procedimiento administrativo, tal como ocurre en las de justicia administrativa o en derecho procesal civil.<sup>34</sup> La legislación brasileña de procedimiento administrativo, por ejemplo, es omisa. Siguiendo la Corte Europea de Derechos Humanos, en función del principio de paridad de armas, las partes deben tener la misma oportunidad de acceso, de comentario y de refutación de las pruebas y de otros elementos del proceso, así como idéntica posibilidad de interrogar testigos y peritos (op. Cit., p.167).

vinculantes y el proceso ejemplar, que también sirven a la idea de una amplio acceso a la justicia y a la reducción de los procesos judiciales repetitivos o de las causa de masa. No obstante, tratándose de causas de derecho público, en la cual esté en juego comportamiento o actuación administrativa de alcance general, la isonomía que sigue de la decisión jurisdiccional es doblemente necesaria, en función del deber de igualdad a que siempre fue vinculada la Administración Pública en la esfera material y extrajudicial. No sería lógico que una actuación administrativa originalmente dirigida a la colectividad, una vez judicializada, fueseponible solamente a los que demandaron; el Judiciario no debe ser asociado a una exégesis que sea capaz de romper con el principio de isonomía administrativa”, Ricardo Perlingeiro, O princípio da isonomia na tutela judicial individual e coletiva, e em outros meios de solução de conflitos, junto ao SUS e aos planos privados de saúde, in: Milton Nobre; Ricardo Dias, (eds), O Conselho Nacional de Justiça e os desafios da efetivação do direito à saúde. Belo Horizonte 2011, no prelo.

En una decisión de la Justicia Federal de Rio de Janeiro, que decidió sobre un comportamiento de alcance general de la Administración Pública, fue expresado el siguiente entendimiento: “[...] Nótese que el derecho a un recurso administrativo efectivo, ora declarado a los autores, posiblemente será invocado por gran parte de aquellos que se juzgan titulares de inmuebles alcanzados por el despacho demarcatorio, vale decir, por algunos miles de personas. Por lo tanto, mientras que estuviere en vigor la presente sentencia, sería altamente recomendable que la Administración Pública adoptase, voluntaria y extrajudicialmente, una postura uniforme e isonómica a favor de la colectividad, en lo tocante a los deberes ahora impuestos (excepto en cuanto a los que han dado su acuerdo expresa o tácitamente con el comportamiento de GRPY-RJ). Con esto, se evitaría la pulverización de los litigios de masa, el desgaste institucional correspondiente y la sensación de injusticia generalizada, rayando la inestabilidad social, en razón del potencial riesgo de desigualdad de tratamiento por el poder público. Administración Pública y Poder Judiciario a miles de personas en la misma situación fáctica. [...]” (JFRJ, Acción Ordinaria No. 200651020013760. Juez Ricardo Perlingeiro, j. 2 octubre 2007).

<sup>34</sup> Ireneu Cabral Barreto, A Convenção europeia dos direitos do homem. 4. ed. Coimbra 2010, p. 167-169. A pesar de no estar en la *VwVfG*, se admite, en tesis, la paridad de armas en el procedimiento administrativo alemán, cf. Alexandra Lindemeier, Waffen- und Chancengleichheit im deutschen und englischen Zivilprozess – Eine rechtsvergleichende Betrachtung, Hamburg 2004.

### 3.7 *Principio de seguridad jurídica*

En cuanto al principio de seguridad jurídica, la ley brasileña de procedimiento administrativa, respondiendo a las críticas adoptó las siguientes reglas: 1- prohibición de la interpretación retroactiva de la norma administrativa (art. 2º, XIII); 2- necesidad de motivación cuando no se aplica jurisprudencia administrativa o *súmula* vinculante (arts. 50, VII, y 64-A); 3- necesidad de motivación de los actos o decisiones que comporten anulación, revocación, suspensión o convalidación del acto administrativo (art. 50, VIII); 4- respeto de los derechos adquiridos como condición de la revocación de los actos administrativos (art. 53); 5- decaimiento de 5 (cinco) años para poder anular actos administrativos con efectos favorables, salvo comprobada mala fe (art. 54); 6- posibilidad de convalidación de actos con defectos que no supongan lesión al interés público o de terceros (art. 55).<sup>35</sup>

## 4. Principios de derecho procesal

### 4.1 *Derecho de petición y principio de amplia defensa*

Los derechos de petición, de amplia defensa y de contradicción se relacionan con el debido proceso legal y conducen el procedimiento administrativo, en el sentido de efectivizar la participación de los interesados en las decisiones y comportamientos administrativos que les afecten.<sup>36</sup>

Los derechos de petición y de amplia defensa en los procedimientos administrativos, también indicados por la CRFB/88 (art. 5º, incisos XXXIV, a, y LV),<sup>37</sup> orientan directamente diversas reglas de la Ley nº 9.784/99, dentro de las cuales: la posibilidad del interesado de dar inicio a un procedimiento administrativo (art. 5º), de presentar alegaciones y pruebas antes de las decisiones y de interponer recursos (arts. 2º, X, y 3º, II); la garantía de los derechos al conocimiento, citación y comunicación – previa y posterior – de las decisiones que puedan resultar en imposición de deberes, cargas, sanciones o restricción de derechos y actividades o que sean simplemente de interés del ciudadano (arts. 2º, X, 3º, I y

<sup>35</sup> Las críticas a la consecución de este principio de seguridad jurídica en la ley brasileña de procedimiento administrativo constan en el ítem 5.2 de este texto.

<sup>36</sup> Brewer-Carias entiende que el principio de participación comprende el derecho de petición, el de contradicción y el de publicidad (antes nota 12), p. 69-121. La Constitución de Portugal impone en la ley el derecho de participación de los ciudadanos en la formación de las decisiones o deliberaciones que tengan relación con ellos (art. 267, n. 5).

<sup>37</sup> BRASIL. CRFB/88. Art. 5º, XXXIV – “son a todos garantizados, independientemente del pago de tasas: a) el derecho de petición a los Poderes Públicos en defensa de derechos o contra ilegalidad o abuso de poder [...]” LV – “a los litigantes, en proceso judicial o administrativo, y los acusados en general son garantizados la contradicción y amplia defensa, con los medios y recursos a ella inherentes.”

II, 26, 28, 46 y 64, parágrafo único); a la consulta pública, típico medio de participación de los actos generales o con efectos generales (art. 31)<sup>38</sup>; y el derecho al recurso (art. 56).

Excepcionalmente, en casos de urgencia, el derecho a amplia defensa puede ser restringido a favor de la Administración, conforme a lo previsto en la ley brasiler: “en caso de riesgo inminente, la Administración Pública podrá motivadamente adoptar medidas cautelares, sin previa manifestación del interesado” (art. 45).<sup>39</sup> Se registra, por apropiado, que son justamente las situaciones de urgencia, tales como de riesgo a la vida y de riesgo a la seguridad, las que autorizan una actuación administrativa de fuerza, provista de autoejecutoriedad, y no sujeta a intervención jurisdiccional previa.<sup>40</sup>

#### 4.2 Principio de contradicción

La Comisión del Instituto Iberoamericano destinada a la elaboración de un código modelo, describió así el principio de contradicción en el procedimiento administrativo: “El de contradicción implica el derecho de ser informado de la instauración del proceso y de todas las fases y medidas subsiguientes, pudiendo el interesado acompañarlo y presentar argumentos, datos, documentos y pruebas a su favor. La contradicción sólo podrá ser sucesiva a la producción de pruebas cuando se trate de anexar documentos preconstituidos o de peri-

<sup>38</sup> Brewer-Carias cita la legislación venezolana, costa-riqueña, mexicana, peruana, como ejemplos de reglas que prevén el derecho de participación en la elaboración de actos con efectos generales (2003, p.98). La ley portuguesa 83/95 prevé el derecho de participación popular en los procedimientos administrativos referentes a salud pública, medio ambiente, calidad de vida o patrimonio cultural, *Amaral* (antes nota 3), p. 306.

<sup>39</sup> En el derecho administrativo portugués, el estado de necesidad y la urgencia autorizan a la administración a actuar sin un procedimiento administrativo previo, *Amaral* (antes nota 3), p. 336; *Marcelo Caetano*, Manual de direito administrativo, Almedina, 1994, 1305-1307.

<sup>40</sup> Curiosamente, el surgimiento del procedimiento administrativo en Inglaterra y en los Estados Unidos es atribuido al principio constitucional de debido proceso legal, una vez que, todavía en el siglo XIX, la Administración Pública en aquellos sistemas de jurisdicción no tenía la prerrogativa de ejecución forzada de sus propios actos y, cuando se vio delante de situaciones de emergencia, en que no había como esperar del judicario una providencia jurisdiccional ejecutiva, pasó la legislación a autorizar un comportamiento extrajudicial equivalente, pero condicionado a la cláusula del debido proceso legal (*Marcelo Caetano*, Princípios fundamentais do direito administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro 1989, p. 512). Para *Cassagne*, “la ejecutoriedad no constituye una regla absoluta y que lejos de comprender la ejecución coactiva del acto, exige la intervención judicial cuando esta forma de ejecución recae sobre los bienes y/o las personas, salvo casos excepcionales (como, por ejemplo, la autotuella sobre bienes del dominio público), dado que por la ‘naturaleza’ del acto de ejecución (argumento del art. 12 de la LNPA) se trata de una típica función jurisdiccional a cargo de los jueces” (*Juan Carlos Cassagne*, El derecho administrativo argentino, in: Santiago González-Varas Ibáñez, (ed.), El derecho administrativo iberoamericano. Granada: INAP, 2005).

Son tres sistemas comparados de ejecución de los actos administrativos: 1- Sistema judicial puro, de tradición inglesa: 2- Ejecución administrativa autosuficiente, derecho alemán e italiano; 3- Sistema mixto judicial-administrativo, el sistema francés (*Ramón Parada*, Derecho administrativo, 16.ed. Madrid, 2007, p. 149-153).

cias urgentes, permitida la presentación de preguntas al perito, su versión en contradicción y ofrecimiento de informes por los sujetos. Las decisiones resultantes del proceso administrativo deberán ser motivadas, de modo explícito, congruente y claro, con indicación de los hechos y de los fundamentos jurídicos, pudiendo referirse a elementos de anteriores opiniones, decisiones, informaciones o propuestas, los cuales integrarán el acto decisorio. La motivación de las decisiones de órganos colegiados o las decisiones orales será indicada en la respectiva acta o en término escrito.”<sup>41</sup>

El principio de contradicción en el derecho brasileño, con respaldo constitucional (5º, LV, de la CRFB/88), comprende, en la Ley nº 9.784/99, el derecho de tener acceso a los documentos contenidos en los procedimientos administrativos (art. 3º, II), el derecho – en la fase instructiva y antes de la toma de la decisión – de unir documentos y opiniones, requerir diligencias y pericias, aducir alegaciones pertinentes (art. 38), así como el derecho de ver tales elementos de prueba considerados en la motivación del informe y la decisión (art. 38, § 1º). La necesidad de citación previa a la realización de la prueba o diligencia tiene como objetivo, igualmente, una contradicción plena (arts. 25 y 41).

#### *4.3 Principio de doble grado de jurisdicción*

El derecho de recurso es inherente a los derechos de petición y de defensa<sup>42</sup>. Sus efectos son devolutivos, de modo que aseguran una segunda instancia (doble grado de jurisdicción), y suspensivos cuando presentes el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*, a ejemplo de los dispuesto en el art. 61, parágrafo único, de la ley nº 9.784/99. Tratándose de un derecho proveniente de los derechos de petición y de defensa, cualesquiera condiciones para su ejercicio, especialmente las de naturaleza económica, si fueren capaces de impedirlo en la práctica, aparecerán inconstitucionales. La exigencia de caución o garantía en ese contexto, solo tiene cabida si es necesaria como contracautela al efecto suspensivo y, principalmente, si fuere posible al interesado.

El derecho al recurso administrativo, en la ley brasileña, está garantizado en los arts. 56 y 57, existe previsión de no más de tres instancias recursales y, en principio, sin exigencia de caución (art. 56, § 2º).

#### *4.4 La legitimación en el procedimiento y en el recurso administrativo*

Son legitimados como interesados en el procedimiento administrativo de la Ley nº 9.784/99 (art. 9º): 1- personas físicas o jurídicas que lo inicien como titulares de derechos o intereses individuales o en ejercicio del derecho de representación; 2- aquellas que, sin haber iniciado el proceso, tienen derechos o intereses que puedan ser afectados por la decisión a ser adoptada; 3- las organizaciones y asociaciones representativas, en lo tocante a derechos e

<sup>41</sup> Art. 5º de la Propuesta de Código de Proceso Administrativo (judicial y extrajudicial) para Iberoamérica.

<sup>42</sup> Posición adoptada por la Propuesta de Código Modelo para Ibero-América, art. 6º, X.

intereses colectivos; 4- las personas o las asociaciones legalmente constituidas, en relación a derechos o intereses difusos.

Como legitimados para interponer recurso, la aludida ley relaciona las siguientes personas (art. 58): 1- los titulares de derechos e intereses que fueron parte en el proceso; 2- aquellos cuyos derechos o intereses fueron indirectamente afectados por la decisión recurrida; 3- las organizaciones y asociaciones representativas, en lo tocante a derechos e intereses colectivos; 4- los ciudadanos o asociaciones, en relación a derechos o intereses difusos.

#### *4.5 Derecho a la defensa técnica y derecho a la gratuidad*

En Brasil, el debido proceso legal y la contradicción no dependen, necesariamente, de la capacidad de postulación del interesado, siendo una facultad (no un deber) valerse de la representación de abogado en el procedimiento administrativo (art. 3º, IV), es suficiente que le interesado sea mayor de 18 años de edad (art. 10). No obstante, la propia Administración Pública podrá elaborar modelos o formularios estandarizados para asuntos que comporten peticiones equivalentes (art. 7º). La gratuidad en cuanto a los gastos procesales (art. 2º, XI) es reflejo de la regla constitucional brasileña del derecho de petición, según la cual: “a todos es garantizado, independientemente de pago de tasas, el derecho de petición a los Poderes Públicos en defensa de derechos o contra ilegalidad o abuso de poder” (art. 5º, XXXIV, *a*, de la CRFB/88).<sup>43</sup>

#### *4.6 Principio de informalidad*

El principio de informalidad – o de formalismo moderado – es previsto en el procedimiento administrativo brasileño y está contenido en las reglas de no dependencia de forma determinada, salvo cuando la ley expresamente la exija (art. 22); la observancia de las formalidades esenciales es garantía de los derechos de los administrados (art. 2º, VIII); y la adopción de formas simples, suficientes para propiciar un adecuado grado de certeza, seguridad y respeto a los derechos de los interesados (art. 2º, IX).

#### *4.7 Principio de oficiosidad*

El principio de oficiosidad actúa, en la ley nº 9.784/99, en dos niveles.

De un lado, también denominado de “impulso oficial”, en cuanto al inicio (art. 5º), al desarrollo (art. 2º, XII) y a la extinción del procedimiento administrativo (art. 51, § 2º), admitiéndose, inclusive, el reexamen de oficio de las decisiones ilegales (arts. 50, VI, y 63, § 2º). A pesar de la autorización legal al interesado de desistir o renunciar al pedido, ensayando el principio dispositivo, el procedimiento administrativo podrá proseguir si está

<sup>43</sup> BRASIL. CRFB/88. Art. 5º, XXXIV- “Son a todos asegurados, independientemente de pago de tasas: a) el derecho de petición a los Poderes Públicos en defensa de derecho o contra ilegalidad o abuso de poder;”

presente el interés público (art. 51, § 2º). El archivo del procedimiento por contumacia del interesado (art. 40) sufrirá las mismas restricciones supra.<sup>44</sup>

Por otro lado, el principio de oficiosidad está relacionado con el de la búsqueda de la verdad real, autorizando la producción de pruebas de oficio (art. 29), inclusive audiencias públicas (art. 32), sin perjuicio de las que fueran propuestas por los interesados.<sup>45</sup> En ese contexto, la desatención a la citación no comporta el reconocimiento de la verdad de los hechos, ni la renuncia al derecho por el administrado (art. 27). También en función de ese principio, se invoca la presunción de inocencia en el procedimiento administrativo sancionador, no extrayendo de la inercia del interesado presunciones contra él, ni exonerando a la Administración Pública del deber de probar los hechos.<sup>46</sup>

A propósito, es carga de quien alega la prueba de los hechos (art. 36), sin perjuicio del deber de la Administración Pública de presentar los documentos que estuvieren en su poder (art. 37), y que también se sigue del art. 5º, XXXIII y XXXIV, b, da la CRFB/88<sup>47</sup>. Siendo así, el derecho del interesado requiere la producción de pruebas (art. 38), las cuales solamente podrán ser negadas mediante fundamentación en el sentido de que son impertinentes, innecesarias, dilatorias o de que fueron obtenidas por medios ilícitos (arts. 6º, parágrafo único, 30, y 38, § 2º). La prohibición, en el procedimiento administrativo, de pruebas obtenidas por medios ilícitos posee respaldo constitucional (art. 5º, LVI de la CRFB/88)<sup>48</sup>.

#### 4.8 Principio de la buena fe procesal

El principio de la buena fe – o lealtad procesal – impone al interesado el deber de exponer los hechos conforme a la verdad, proceder con lealtad, urbanidad y buena fe, no actuar de modo temerario, prestar las informaciones que le fueren solicitadas y colaborar con el esclarecimiento de los hechos, en los moldes del art. 4º de la Ley nº 9.784/99. Se resalta

<sup>44</sup> Esas restricciones existen también en la legislación colombiana, de Costa Rica, Honduras y Venezuela.

<sup>45</sup> La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera la búsqueda de la verdad real en los procedimientos administrativos un principio inherente al Estado de Derecho (*Albrecht Weber*, El procedimiento administrativo en el derecho comunitario, in: Vazquez (antes nota 12), p. 89).

<sup>46</sup> Sérgio Ferraz y Adilson Abreu Dallari, Processo administrativo, 2007, p. 198. En el mismo sentido, Guilherme Favaro Corvo Ribas, O princípio da presunção de inocência no processo administrativo sancionador, in: Odete Medauar, Vitor Rhein Schirato (eds), Atuais rumos do processo administrativo, São Paulo 2010, p. 175).

<sup>47</sup> BRASIL. CRFB/88. Art. 5º, XXXIII – “todos tienen derecho a recibir de los órganos públicos informaciones de su interés particular, o de interés colectivo o general, que serán proporcionadas en el plazo de la ley, so pena de responsabilidad, exceptuadas aquellas cuyo sigilo sea imprescindible a la seguridad de la sociedad y del Estado”.

<sup>48</sup> BRASIL. CRFB/88. Art. 5º, LVI – “son inadmisibles, en el proceso, las pruebas obtenidas por medios ilícitos.”

que, cuando es dirigido a la Administración Pública, el principio de buena fe puede ser relacionado con el principio de la moralidad administrativa.

#### *4.9 Principio de imparcialidad*

El derecho a una decisión imparcial es garantizado por las reglas que disponen sobre el impedimento por la sospecha que recae sobre los servidores y autoridades para actuar en el procedimiento administrativo. La materia está así regulada en la Ley nº 9.784/99:

Art. 18. Está impedido de actuar en proceso administrativo el servidor o autoridad que:

I – tenga interés directo o indirecto en la materia;

II – haya participado o venga de participar como perito, testigo o representante, o si tales situaciones ocurren al cónyuge, compañero o pariente y afines hasta el tercer grado;

III – esté litigando judicial o administrativamente con el interesado o el respectivo cónyuge o compañero.

Art. 19. La autoridad o servidor que incurra en impedimento debe comunicar el hecho a la autoridad competente, absteniéndose de actuar.

Parágrafo único. La omisión del deber de comunicar el impedimento constituye falta grave, para efectos disciplinarios.

Art. 20. Puede ser planteada la suspensión de autoridad al servidor que tenga amistad íntima o enemistad notoria con alguno de los interesados o con los respectivos cónyuges, compañeros, parientes y afines hasta el tercer grado.

Art. 21. El rechazo de alegación de sospecha podrá ser objeto de recurso, sin efecto suspensivo.

#### *4.10 Principio de duración en tiempo razonable del proceso*

La duración del procedimiento administrativo en tiempo razonable fue introducida en el orden jurídico constitucional por la enmienda nº 45, de 9 de diciembre de 2004, que, dando nueva redacción al art. 5º, LXXVIII,<sup>49</sup> aseguran a todos en el ámbito judicial y administrativo, la razonable duración del proceso o de los medios que garantizan la celeridad de su tramitación. En ese sentido, inclusive, es firme la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vale decir el principio de duración del proceso en tiempo razonable se aplica, igualmente, a los procedimientos administrativos.

No obstante, la íntima relación entre el principio de duración del procedimiento administrativo en tiempo razonable y el principio, también constitucional, de eficiencia administrativa, ya permitía, en Brasil, antes de la referida Enmienda Constitucional, soluciones legislativas y jurisprudenciales en la misma dirección.<sup>50</sup> En efecto, en la Ley nº

<sup>49</sup> BRASIL. CRFB/88. Art. 5º, LXXVIII – “a todos, en el ámbito judicial y administrativo, son garantizadas la razonable duración del proceso y los medios que garantizan la celeridad de su tramitación.”

<sup>50</sup> El principio de eficiencia de la Administración Pública está previsto en el art. 37 de la CRFB/88. A propósito, Odete Medauar cita las siguientes decisiones: STJ, Resp 690811/RS, DJ. 19 dic. 2005, p. 234; STJ, MS 12376/DF, DJ 1 sept. 2008; STF, MS 26405-5/DF, juzgado en 17 dic. 2007; STF, MS 24448/DF, DJ 14 nov. 2007; STJ, Resp 980271, juzgado en 18 dic. 2007; STJ, MS 13545/DF, DJ 7 nov. 2008; STJ, Resp 1047524/SC, DJ 3 ag. 2009; STJ, MS 13584/DF, DJ 26 jun. 2009 (2010, p. 103-107).

9.784/99, el principio está logrado de la siguiente manera: 1 – procedencia de medidas de urgencia, a favor del ciudadano y de la Administración (arts. 45 y 61, parágrafo único); 2 – establecimiento de prioridades para el procesamiento, por razón de edad y de salud (art. 69-A); 3 – Fijación de plazos para que la Administración profiera decisiones y practique actos (arts. 24, 49, 56, § 1º, y 59, § 1º); 4- fijación de plazos para que los interesados o terceros practiquen actos (arts. 39, 40, 42, 44 y 59).

## **5. Los desafíos del procedimiento administrativo brasileño**

El derecho administrativo brasileño posee dos grandes desafíos en materia de procedimientos administrativos. Se trata de los principios de derecho material, de la igualdad y la seguridad jurídica, que, cuando mal logrados, pueden poner en entredicho la finalidad de los procedimientos administrativos.

### *5.1 La extensión erga omnes de los efectos favorables de las decisiones administrativas*

Si por un lado, los procedimientos administrativos se prestan para legitimar la actuación administrativa, mediante previa oportunidad de participación efectiva de los interesados (derechos de petición, de amplia defensa y de contradicción), por otro lado, no sería adecuado que aquellos que optasen por esta vía fueran los únicos beneficiados por la decisión administrativa, en tanto existiesen otras personas delante de las mismas situaciones de hecho y de derecho. No se menciona, aquí, a las personas cuyo derecho pueda ser afectado por la decisión (porque, para ello, el legislador tiene la solución de la amplia defensa: art. 64, parágrafo único, de la Ley nº 9.784/99), mas si las personas que no lo son, podrían ser beneficiadas por la decisión.

Nadie duda que la Administración está sometida al principio de la igualdad. Mas entonces, por qué también continuamos permitiendo que de interpretaciones diferenciadas de orden jurídico puedan resultar decisiones administrativas en conflicto? Por qué exigir a las personas procedimientos administrativos para obtener derechos subjetivos que ya han sido concedidos por la Administración a otros en idénticas condiciones? No debe la Administración actuar de oficio?<sup>51</sup>

<sup>51</sup> En Europa, el principio de igualdad viene encontrando dificultades para ser aplicado a las decisiones administrativas en algunos sistemas jurídicos, y la doctrina tampoco viene dedicando estudios sobre el tema: “L’existence du principe d’égalité dans le droit administratif ne fait l’objet daucune hésitation dans les divers pays étudiés. Certes le droit britannique a longtemps préféré parler de rationalité et de cohérence plutôt que d’égalité, même si les solutions concrètes étaient pratiquement les mêmes ; mais depuis une vingtaine d’années, le principe d’égalité est ouvertement appliqué par le juge britannique”, Fromont (antes nota 9), p. 253-256.

El problema ocurre en situaciones en las cuales las pretensiones son individuales solamente en apariencia.<sup>52</sup> La verdad, siempre que la cuestión de fondo de una pretensión individual estuviere relacionada con los efectos jurídicos de un comportamiento administrativo de alcance general, el resultado del conflicto pasará a ser de interés de la colectividad destinataria de aquel comportamiento y, por tanto, la solución deberá venir de una decisión administrativa, única y con efectos *erga omnes*.<sup>53</sup>

Además, las cuestiones de alcance general no deber ser decidida por cualquier autoridad de grado inferior,<sup>54</sup> siendo competente para expedir un acto o decisión la autoridad administrativa que tiene, igualmente, el poder para decidir sobre la cuestión de fondo de la pretensión deducida por los interesados en el procedimiento correspondiente. Así, si la pretensión contiene fundamento que suponga la invalidez o ilegalidad del acto practicado por otra autoridad, solamente ésta o un superior suyo podrá decidir. Esto porque no cabe a una autoridad el incumplimiento de acto o decisión superior. Tampoco cabe a una autoridad administrativa incumplir la ley, bajo el fundamento de inconstitucionalidad.<sup>55</sup> Esta idea no se aplica a la interpretación; pero, a favor de la unidad de actuación, los actos o decisiones que comprendan interpretaciones de normas o leyes deben ser practicados por autorida-

<sup>52</sup> Para *Fromont*, los obstáculos al principio de igualdad no resultan de la imprecisión del contenido del principio, más si de la dificultad de su aplicación a decisiones administrativas individuales. El primer obstáculo sería la persistencia en la idea de que la igualdad entre los administrados resulta automáticamente del respeto de las leyes por las autoridades administrativas. Como la ley es necesariamente igual para todos, en términos generales, las decisiones administrativas aplicadas concretamente serían automáticamente iguales (“la función preponderante del derecho administrativo es materializar la ley”). El segundo obstáculo sería en relación con la naturaleza individual de la decisión administrativa y dos situaciones podrían surgir: Le second obstacle tient au caractère individuel de la décision administrative. En effet, deux hypothèses peuvent se présenter. Ou bien, l'autorité prend une série de décisions concomitantes et l'un des destinataires prétend avoir été moins bien traité que les autres destinataires ; ou bien, l'autorité prend une série de décisions qui s'échelonnent dans le temps et le destinataire de l'une des dernières décisions prises prétend être moins bien traité que les destinataires de décisions antérieures. C'est seulement dans le premier cas que la comparaison entre le traitement réservé aux uns et aux autres est assez facile à faire identiques. Dans le second cas, l'autorité administrative peut souvent plus difficiles à reunir” (antes nota 9), p. 253-255.

<sup>53</sup> La afirmación tiene relación con la de que en el ámbito de la justicia administrativa actos y comportamientos administrativos con efectos generales reclaman necesariamente una decisión judicial colectiva, única y con eficacia *erga omnes* (*Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva*, A impugnação judicial de atos administrativos na defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, in: XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, 2007, Bogotá. XXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá, 2007, p. 919-938).

<sup>54</sup> Al contrario de lo dispuesto en el art. 17 de la Ley No. 9.784/99 (Si no existe competencia legal específica, el proceso administrativo deberá ser iniciado delante de la autoridad de menor grado jerárquico para decidir).

<sup>55</sup> (*Brewer-Carias*, Bases constitucionales del derecho administrativo, in: Estudios de derecho administrativo 2005-2007. Caracas 2007, p. 16-19). En Brasil, la posibilidad de la administración de incumplir norma o ley inconstitucional continúa siendo un tema bastante controvertido en la doctrina.

des con competencia proporcional a la extensión de los efectos de las normas o leyes cuestionadas, o por la autoridad máxima de la administración.

No se trata de admitir la participación popular en el procedimiento de elaboración de actos administrativos con efectos generales, lo que normalmente ocurre vía audiencia pública o consulta pública,<sup>56</sup> mas si de pensar en instrumentos procedimentales referentes a la preparación de decisiones administrativas sobre pretensiones que tengan como origen controversias relacionadas con los efectos concretos de actos generales, de normas administrativas o de la propia ley.

La falta de previsión legislativa adecuada para la protección de los intereses colectivos en los procedimientos administrativos lleva a otra situación, más grave aún: ocasiona procesos repetitivos en la justicia administrativa, que, a su vez, intenta, en vano, valerse de mecanismos (tales como los del proceso ejemplar, de las decisiones vinculantes o de las *class actions*) para apartarse de un problema que, en realidad, no es suyo, más si debido a una distorsión del sistema de procedimiento administrativo.<sup>57</sup>

La ley brasileria avanzó al admitir, en el procedimiento administrativo y en su fase de recursos, la legitimidad de personas o entidades para la protección de intereses difusos e intereses colectivos (arts. 9º y 58), lo que, todavía, no es suficiente, siendo necesarios, todavía: 1 – que tengamos un sistema que no tolere decisiones discrepantes de la propia Administración sobre un mismo tema, aunque, para ello, sea necesaria una reestructuración de las competencias administrativas;<sup>58</sup> 2- que la Administración extienda automáticamente, los efecto favorables de una decisión que haya reconocido un interés colectivo (aunque sea incidentalmente) a todos lo que se encuentren en la misma situación de hecho y de derecho, aún si no estén representados en el procedimiento administrativo.<sup>59</sup> En este punto, la

<sup>56</sup> Ver ítem 2 de este texto y nota de pie de página 10.

<sup>57</sup> En cuanto a las secuelas de la inobservancia de la igualdad administrativa en los procesos judiciales administrativos, verificar el ítem 3.6 de este texto y las notas de pie de página correspondientes. Luis Filipe Colaço Antunes, en su disertación de maestría, destacó la importancia de un procedimiento administrativo que comprenda eficazmente intereses difusos y colectivos (1989, p. 96-98). En el derecho alemán se intentó regular el procedimiento administrativo de masa, en los §§17 a 19 de la VwVfG, pero debido a su alta complejidad, no habría tenido una gran importancia práctica, Meyer (antes nota 12), p. 300).

<sup>58</sup> En busca de un mayor alcance del principio de igualdad, el art. 10 del Código Colombiano de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone que: “Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.”

<sup>59</sup> Es en esa dirección la regla que consta en la Propuesta de Código Modelo para Iberoamérica: “Art. 69. El uso de los medios alternativos de solución de controversias con la Administración estará sujeto a los siguientes principios: [...] II – Isonomía. Los acuerdos que involucren normas administrativas o actuaciones de alcance general deben alcanzar a todos aquellos que se encuentren en la misma situación fáctica, a pesar de que no hayan participado de esos acuerdos” (Ada Pellegrini

postura que se espera de la Administración es un imperativo moral, no siendo imaginable que ella se valga del procedimiento administrativo para promover una exclusión social de minorías, no pocas en los sistemas latino-americanos, las cuales no son suficientemente instruidas o técnicamente preparadas para el ejercicio de los derechos de petición, de defensa y contradicción.<sup>60</sup>

Esto equivale al cumplimiento del principio de igualdad.

## 5.2 La buena fe como uno de los factores preponderantes de la seguridad jurídica

El segundo gran desafío del legislador brasileño consiste en la estabilidad de los ciudadanos frente a las situaciones jurídicas provocadas por la propia administración.

En sentido opuesto al que consta en la nueva ley colombiana y en la Propuesta de Código Modelo para Iberoamérica, que prevén el principio de reserva de jurisdicción como condición *sine qua non* al deshacimiento de actos inválidos con efectos favorables,<sup>61</sup> la Ley nº 9784/99 incluso destaca la posibilidad de amplia defensa o de contradicción en el procedimiento administrativo; probablemente, porque prevé que la convalidación del acto inválido no depende apenas de la buena fe, mas de buena fe asociada al transcurso de un plazo de 5 (cinco) años (!), lo que es demasiado extenso y, por sí sólo, contrario a la idea de seguridad y confianza legítima.

y otros, Bogotá, 2011). En el derecho alemán el principio de igualdad llevó a la construcción de la denominada “autovinculación” (Selbstbindung). La autoridad elabora orientaciones generales y vinculantes conforme a decisiones anteriores (FROMONT, 2006, p. 255-256). En Brasil, hay *súmulas*, orientaciones, opiniones etc. elaborados por la propia administración y con fuerza vinculante interna. Sin embargo, los procedimientos que resultan tales actos no tienen reglas precisas, no son regulares, y difícilmente antecedente en la jurisprudencia de un tribunal supremo o constitucional.

<sup>60</sup> En Italia, el tratamiento desigual de situaciones idénticas (*Disparità di trattamento*) es considerado un ejemplo de exceso de poder y una ofensa a los arts. 2 y 97 de la Constitución (*Elio Casetta, Manuale di diritto amministrativo*, 12. ed. Milano, 2010, p. 561).

<sup>61</sup> Art. 88 del Código Colombiano de Procedimiento Administrativo y de Contencioso Administrativo (Ley 1437/2011) y art. 17 de la Propuesta de Código Modelo para Iberoamérica (Ada Pellegrini; Ricardo Perlingeiro; RS Correa Palacio; y otros, Bogotá, 2011). Según *García de Enterria*, en el sistema español anterior, la exigencia de un proceso jurisdiccional previo al deshacimiento de actos inválidos, en cualquier situación, estaba asociada a la idea de una irrevocabilidad absoluta de los actos inválidos que implicaran derechos y “compelía a la administración a soportar en la inmensa mayoría de los casos sus propios actos declarativos de derechos, aunque incurriesen en las más graves infracciones jurídicas. El requisitos de doble lesión constitúa, de hecho, una barrera prácticamente insalvable que defendía enérgicamente los derechos adquiridos por el simple hecho de serlos” (*Eduardo García de Enterria; Tomás-Ramón Fernández*, *Curso de direito administrativo*. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo, 1991, p.571).

<sup>62</sup> *Marçal Justen Filho* critica a aquellos que admiten la nulidad de actos administrativos sin que haya necesidad de procedimiento administrativo previo (*Curso de direito administrativo*, São Paulo 2006, p. 278). Siguiendo a *Carmen Lúcia Antunes Rocha*, “Si se mantiene el entendimiento, en el sentido de que cualquier movimiento de la Administración que sea la base o se refleje en la piel de los bienes jurídicos del administrado o del servidor público, depende de un

Como imaginar un sistema que considere la buena fe para convalidar actos administrativos inválidos, con efectos favorable, solamente después del transcurso de un plazo de 5 (cinco) años? Qué seguridad jurídica puede ser esperada si, en hasta 5 (cinco) años, un acto administrativo aparentemente legal puede ser deshecho por la propia administración, en detrimento de derecho o intereses consolidados mediante buena fe? En efecto, el transcurso del tiempo no es el único factor a ser considerado por el principio de seguridad jurídica, razón por la cual debería ser tratado por separado al de la “buena fe”, para fines de convalidación de los actos administrativos inválidos.<sup>63</sup>

Así, la seguridad jurídica resguarda, principalmente, la estabilidad al beneficiario (destinatario o tercero) del acto administrativo a ser deshecho (revocado o anulado) dependiendo de su buena fe, independientemente de plazos.<sup>64</sup> La contradicción y la amplia defensa en un procedimiento o proceso destinado al deshacimiento del acto favorable, en estas circunstancias, tendrá por objeto la existencia de buena fe, que, si presente, llevaría a la preservación de la situación, o, si no es conveniente al interés público, a la cuenta de pérdidas y daños.

Por otro lado, siendo la invalidez del acto de conocimiento de la Administración, el transcurso del plazo para su deshacimiento debe ser considerado, por sí solo, a favor de la seguridad jurídica; esto es, la convalidación del acto administrativo inválido deja de tener

proceso, es ponerse en duda en cuanto a la prevalencia o por lo menos la interpretación dada a lo dispuesto en las providencias 346 y 473 del Supremo Tribunal Federal. Por el contenido de las providencias y, más aún, por el que se tiene en la Ley 8.112/90 (art. 114), a la Administración se reconoce la competencia para la práctica del acto administrativo unilateral revisor de otro, practicado sin el debido fundamento legal, que le daría validez y, en la esfera de esta, eficacia jurídica. Ocurre que la imposición de ese acto, aunque afectado por el vicio de antijuridicidad, que solamente puede ser practicado en el curso de un proceso administrativo, altera la interpretación de la norma de competencia, pues esa no podría ser ejercida sino con audiencia del interesado y la garantía del debido proceso legal, el contradictorio y la amplia defensa.” (Revista de Informação Legislativa, a.34, n. 136, Brasília, Senado Federal, out./dez. 1997, p. 20).

Con todo, en reciente decisión, el Supremo Tribunal Federal así decidió: [...] “El plazo de cinco años es de ser aplicado a los proceso de cuentas que tengan por objeto el examen de legalidad de los actos concesivos de jubilación, reformas y pensiones. Transcurrido *in albis* el interregno quinquenal, a contar desde la pensión, es de convocar a los particulares para participar del proceso de su interés a fin de disfrutar de las garantías constitucionales de contradicción y de amplia defensa.” (MS 25.403/df, Rel. Ayres Brito, DJe 27, p. 10 feb. 2011)

<sup>63</sup> La propuesta de Código Modelo para Iberoamérica no admite deshacimiento de actos o normas inválidas si de ellas resultan derechos adquiridos independientemente de plazos (art. 17).

<sup>64</sup> Siguiendo a Ernst Forsthoff, Tratado de derecho administrativo (Tradução de Legaz Lacambra, Garrido Falla e Gómez de Ortega y Junge. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958) hay solamente dos situaciones en cuando al deshacimiento de los actos administrativos: cancelación (inválides del acto que genera apenas efectos onerosos) y revocación (inválides del acto que genera efectos favorables). En principio, no cabe la “libre” revocación, excepto si el acto inválido fuera también antijurídico, como en los casos de ausencia de buena fe (p.359), o cuando hubiere circunstancia nueva de hecho o de derecho (op. cit, p. 363).

relación o dependencia directa de la existencia de la buena fe.<sup>65</sup> Es posible que el propio interés público recomiende esa situación y la exceptúe solamente en casos extremos, como de fraude o corrupción, a semejanza del derecho alemán.

Más no es sólo.

El art. 2 XIII de la ley 9.784/99 dispone que en los procedimientos administrativos será observado el criterio de “interpretación de norma administrativa [...], prohibida la aplicación retroactiva de nueva interpretación”,<sup>66</sup> y el art. 50 VIII, de la misma ley, que los actos administrativos sean motivados “cuando dejen de aplicar jurisprudencia firme sobre la cuestión [...]”

Pero, sería más apropiado que la ley respetase, de manera expresa, el precedente administrativo (no exactamente la jurisprudencia administrativa) y que fuese autorizada la modificación de la interpretación solamente para beneficiar, en cualquier caso, indistintamente aplicable, por los agentes de la Administración, a todos los particulares que estuvieren en la misma situación fáctica.<sup>67</sup>

<sup>65</sup> El art. 141 del Código de Procedimiento Administrativo de Portugal (Decreto-Ley No. 442/91) prevé la convalidación por el simple transcurso de plazo: “Los actos administrativos que sean inválidos sólo podrán ser revocados con fundamento en su invalidez y dentro del plazo del respectivo recurso contencioso o hasta la respuesta de la entidad recurrente.”

<sup>66</sup> La verdad, la regla de prohibición de interpretación retroactiva, prevista en la Ley 9.784/99, debería mencionar expresamente la “ley”, evitando confusión con “norma administrativa” infralegal. También debe ser señalada la posibilidad del Supremo Tribunal Federal de restringir los efectos *ex tunc* de una declaración de inconstitucionalidad de acto administrativo normativo, con fundamento en la seguridad jurídica (art. 27, de la Ley No. 9.868/99).

<sup>67</sup> *Brewer-Carias* admite el precedente administrativo como fuente de derecho administrativo y cita la ley peruana y venezolana como ejemplos de que la interpretación nueva solamente puede ser aplicada a situaciones nuevas, excepto si son más favorables a los ciudadanos (Bases constitucionales del derecho administrativo, in: Estudios del derecho administrativo 2005 – 2007, Caracas, 2007, p. 284-285). *Forsthoff*, al reconocer el derecho consuetudinario como fuente de derecho administrativo, indica que el funcionario administrativo no puede desviarse de una práctica usual cuando tuviere otra opinión (antes nota 67), p. 211-212. Según *Cassagne*, el precedente administrativo – fuente de derecho administrativo – es una manera peculiar de manifestación de la costumbre en derecho administrativo (Derecho administrativo, 8. ed. Buenos Aires 2006, p. 28). La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica decidió que los antecedentes administrativos son formalidad esencial de los procedimientos administrativos (*Aldo S. Milano*, El derecho administrativo costarricense, in: Santiago González-Varas Ibáñez (ed.). El derecho administrativo iberoamericano. Granada: INAP, 2005).

En Italia, violar la práctica administrativa (prassi amministrativa), sin la debida motivación, es un síntoma de exceso de poder, *Casetta* (antes nota 62), p. 562-563. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea entiende que “incurre en infracción de la igualdad en la aplicación de la ley desde el momento en que se produce un tratamiento desigual en el caso singular al separarse de las directrices generales de interpretación, o bien de la praxis administrativa existente (es la llamada ‘autovinculación de la administración’, *Weber* (antes nota 47), p. 81. Al respecto del tema, Garay parte de la premisa de que la ofensa al principio fundamental de igualdad no proviene apenas de una desigualdad en la ley, mas obviamente de una desigualdad proveniente de la interpretación administrativa de la ley *Alberto F. Garay*, La igualdad ante la ley: decisiones admi-

La posibilidad de interpretaciones discrepantes por la propia Administración, en momentos distintos y retroactivamente, genera una grave perturbación e inestabilidad jurídica, además de una sensación generalizada de injusticia. Existiendo decisiones administrativas anteriores que hayan constituido derechos, no cabe a la Administración, con ofensa a la isonomía, negar a otras personas los mismos derechos, cuyos hechos constitutivos hayan ocurrido en la misma ocasión (por tanto, delante de la misma situación fáctica y jurídica).

Resta, pues, evidenciado que la modificación de interpretación debe ser admitida apenas para beneficiar y, en este caso, por obvio, con efectos retroactivos.<sup>68</sup> La modificación de la interpretación es posible apenas para el futuro (efectos *ex nunc*), en lo que concierne a hechos constitutivos (de derecho) posteriores al precedente administrativo y, en ese contexto, debe la Administración Pública motivar sus decisiones.

En suma: (a) habiendo buena fe, los derechos subjetivos deben ser preservados, validándose el acto administrativo inválido o, dependiendo del interés público, promoviéndose una reparación económica a favor del ciudadano; (b) no habiendo buena fe, el transcurso del plazo – a partir del conocimiento de la invalidez – puede ser considerado, para los mismos fines de convalidación, salvo en situaciones excepcionales, como de fraude o corrupción; (c) no cabe nueva interpretación administrativa de la ley con efectos retroactivos, para restringir o negar derechos subjetivos que hayan (o que podrían haber) sido constituidos anteriormente; esto es, no cabe interpretación en detrimento de efectos favorables de hechos ocurridos cuando situaciones jurídicas idénticas eran reconocidas por la Administración.

## 6. Consideraciones finales

Al adoptar una ley general, el sistema brasileño de procedimiento administrativo avanzó significativamente en los últimos años, concretando sus principios fundamentales de forma adecuada en la mayoría de las situaciones, y encontrándose, por consiguiente, alineado con la línea actual y evolutiva existente en los sistemas nacionales de América Latina y de Europa. Sin embargo, en esta fase de consolidación, mejor sería si el sistema brasileño contuviese una base estructurada (o en estructuración) de los principios fundamentales de la justicia administrativa, que, efectivamente, mantiene con los procedimientos administrativos una inevitable relación de dependencia: la efectividad o la falta de efectividad de un

nistrativas contradictorias. Decisiones judiciales contradictorias. Desigualdad procesal. Buenos Aires, 1989, p. 50 y siguientes.

Los más resistentes a su tesis, mencionan un precedente judicial que, sin consistencia, aseguraba la igualdad en cuanto a la interpretación administrativa habitual, diferenciándola de la interpretación no habitual, en que solamente en el primer caso la Administración estaría vinculada al precedente (op. cit., p. 59 y 74). La posibilidad de nueva interpretación administrativa, en detrimento de la igualdad, trae a flote el conflicto entre la legalidad y la seguridad jurídica, de acuerdo con Jesús González Pérez (1983), apud Garay, op. cit. p. 80).

<sup>68</sup> En el mismo sentido Celso Antonio Bandeira de Mello (antes nota 3), p. 120.

procedimiento administrativo son sentidas directamente en la justicia administrativa, y viceversa.

Debido a una ruptura repentina, en el siglo pasado, del sistema dualista a favor del sistema monista de jurisdicción, así como los pocos estudios e investigaciones sobre el asunto, que apenas reciente y tímidamente fueron abordados por algunos juristas, el derecho brasileño necesita superar algunos dogmas y admitir que la tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos en fase de actuación administrativa requiere una actuación jurisdiccional y reglas procesales especializadas, por separado del derecho procesal civil, y adecuadas a una jurisdicción de calidad, capaz de solucionar con eficacia los conflicto entre intereses privados y públicos, independientemente de la existencia de un modelo dualista/monista de jurisdicción o de un código/ley general específica sobre la materia.