

ACTO ADMINISTRATIVO DE “FACA E GARFO”

Suzana Tavares da SILVA

1. O tabuleiro de partida

A noção tradicional de *acto administrativo* radica na sua caracterização como “*acto jurídico regulado por disposições de direito público, praticado no exercício de poderes de autoridade, relativo a uma situação individual e concreta, em princípio dotado de eficácia externa*”⁽¹⁾. E durante muito tempo este conceito assumiu centralidade na dogmática do direito administrativo, tendo a doutrina procurado, a partir dele, enquadrar boa parte da actividade administrativa.

Mais tarde, muitas das transformações que o direito público sofre no séc. XX são utilizadas como “argumentos acticidas”⁽²⁾, com o objectivo de fortalecer a reconstrução do direito administrativo partindo de novos paradigmas como a relação jurídica administrativa. Sentia-se nesta fase um “mal-estar geral no edifício do direito público” e os argumentos esgrimidos para a reforma do Estado ameaçavam estender-se a uma reforma global do direito administrativo. Gomes Canotilho denuncia a “ameaça de contaminação” na fórmula: “*o direito constitucional passa; o direito administrativo passa também*”⁽³⁾.

⁽¹⁾ ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo. Lições ao Curso Complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Coimbra, no ano lectivo 1977/78* (obra policopiada), Coimbra, 1978, pp. 76 e ss.

⁽²⁾ VIEIRA DE ANDRADE, «Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de “acto administrativo”», *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, 2001, pp. 1195 e ss.

⁽³⁾ GOMES CANOTILHO, José Joaquim, «O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também», *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, 2001, pp. 705 e ss.

Decorrida já uma década do séc. XXI, percebemos que tanto o direito constitucional como o direito administrativo têm revelado notável resiliência aos embates, e estão hoje imersos em uma laboriosa tarefa de reconstrução dogmática, que mais não é do que uma “renovação do edificado”, depois de os alicerces do poder soberano terem sido ajustados às novas “exigências técnicas” da soberania co-dividida e da regulação no contexto da economia globalizada ⁽⁴⁾. De entre os vários aspectos que resultam dessa reconstrução iremos centrar-nos novamente no acto administrativo, e tomaremos em boa conta o conselho de Vieira de Andrade quando sublinha que ao jurista é hoje exigida uma “*construção dogmática* do acto administrativo reveladora de uma *ideia ordenadora* capaz de suportar um regime substantivo global e coerente no âmbito das relações jurídicas de direito público” ⁽⁵⁾. É nosso objectivo neste trabalho trazer, sob esta perspectiva, algumas reflexões sobre a construção dogmática do acto administrativo em *domínios jurídicos de normaçoão multinível*, destacando as novas dificuldades que aquele instituto jurídico enfrenta no contexto *internacional* e das *relações jurídicas transnacionais*.

A grande novidade, se é que podemos designar assim este fenómeno, assenta na *mudança da arena da decisão* mais do que em uma *mudança de paradigma da actividade administrativa*. Com efeito, o *direito administrativo nacional* continua a cumprir duas das suas funções paradigmáticas: proteger posições jurídicas subjectivas de ataques do poder público e proporcionar às entidades administrativas o conjunto de instrumentos necessários à prossecução das suas atribuições ⁽⁶⁾. Todavia, na realização destas tarefas as entidades administrativas deparam-se com a necessidade de neutralizar as barreiras territoriais (agir no quadro da *estadualidade aberta*) e aderir a procedimentos, esquemas e práticas supranacionais, actuando em colaboração e cooperação com entidades administrativas de outros “níveis de governo”, sejam europeias, sejam internacionais, o que, como facilmente percebemos, põe em causa alguns dos quadros dogmáticos tradicionais, exigindo aos

⁽⁴⁾ Transformações que GOMES CANOTILHO sistematiza em “*Brançosos*” e *interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Almedina, Coimbra, 2006.

⁽⁵⁾ VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, p. 138.

⁽⁶⁾ E. SCHMIDT-ASSMANN, «The Internationalization of Administrative Relations as a Challenge for Administrative Law Scholarship», *German Law Journal*, Vol. 9, n.º 11, p. 2064.

juristas um ágil trabalho de acomodação desta realidade no método jurídico tradicional.

2. Os desafios já superados

Presentemente já não constitui novidade a afirmação de que no direito do ambiente o acto administrativo se apresenta em regra como um instrumento de actuação das entidades públicas no contexto de *relações jurídicas poligonais ou multilaterais*⁽⁷⁾, como também não será novidade referir que neste domínio se multiplicam os *procedimentos complexos*, onde os efeitos das *pré-decisões*, entre as quais podemos incluir os *actos prévios*⁽⁸⁾ e os *acto parciais*, concorrem para a formação de expectativas legítimas por parte dos destinatários, que pré-vinculam as entidades públicas, reduzindo os espaços de livre conformação, ou ainda que muitas decisões se apresentam como *actos provisórios* ou como *actos precários*, dependentes de elementos futuros que tanto podem expandir a sua eficácia como anular os efeitos ténues entretanto produzidos.

Estes são hoje, podemos dizê-lo, problemas já conhecidos e trabalhados pela doutrina e pela jurisprudência. Por essa razão, embora seja importante convocar aqui alguns desses ensinamentos, é também essencial dizer que partimos deles para explorar dois novos domínios: aquele onde o *acto administrativo* é o resultado de um *procedimento eloquente*⁽⁹⁾, *i. e.*, generativo de uma decisão cujo conteúdo é um misto de assimilação dos tributos do conhecimento científico e das técnicas de ponderação em matéria de *gestão do risco*; e aquele

⁽⁷⁾ GOMES CANOTILHO, José Joaquim, «Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo», *RJUA*, 1994, pp. 55 e ss.

⁽⁸⁾ O Ac. do STA de 09.12.2009 (Proc. 019/09) dá conta precisamente da sedimentação deste conceito na jurisprudência, justificando a impugnabilidade do acto de apreciação do projecto de arquitectura a partir da característica da *externalidade* (art. 51.º do CPTA), reconhecendo que com a sua aprovação são “introduzidos efeitos positivos na esfera jurídica do requerente, que podem ser lesivos de interesses de terceiro ou de interesses difusos”. Como se explica no acórdão, através de remissão para o disposto no parecer do Ministério Público, depois da aprovação do projecto de arquitectura “para o requerente há a garantia de que se não deixar caducar a aprovação a Administração não poderá indeferir o licenciamento com base em incompatibilidade legal do projecto de arquitectura”, mas, “para terceiros — lesados com a localização, com a área de implantação ou com a volumetria da obra — significa, definitivamente, uma posição jurídica de desvantagem”.

⁽⁹⁾ A designação deve-se a *Wollenschläger*, como refere Röhl, «Ausgewählte Verwaltungsverfahren», *Grundlagen des Verwaltungsrechts II*, Beck, München, 2008, p. 705.

onde o *acto administrativo* constitui um instrumento de implementação de uma política pública delineada por instâncias supranacionais, seguindo um *procedimento de cooperação inter-administrativa* que garante a equidade da decisão para os interesses económicos de todos os membros da Comunidade.

São essencialmente três as razões que identificamos como génese destes procedimentos: o *desenvolvimento de um direito administrativo europeu e internacional* onde a preocupação em garantir a *governance* se sobrepõe à pré-delimitação normativa do quadro legitimador da actuação dos poderes administrativos ⁽¹⁰⁾; a *proliferação de um direito administrativo do risco* como resposta à normação em áreas que se apoiam nos avanços do conhecimento científico (decisões baseadas em juízos de probabilidade de ocorrência de danos e na incerteza pura), e que trazem novas exigências em matéria de deveres de protecção ⁽¹¹⁾; e a *mudança de paradigma económico*, que permite o reforço dos poderes das organizações internacionais incumbidas de garantir o bom funcionamento dos mercados, designadamente através da criação de entidades e instrumentos de coordenação das autoridades reguladoras nacionais ⁽¹²⁾.

3. Os actos administrativos no domínio do *risco em matéria alimentar*

A conjugação dos factores antes enunciados permite-nos compreender que em alguns domínios, como acontece, por exemplo, na *protecção do ambiente* e da *qualidade de vida*, o quadro de actuação das entidades administrativas nacionais não é, porque não consegue sê-lo, pré-definido pelo legislador demo-

⁽¹⁰⁾ Para uma visão geral das modificações daí decorrentes v. VOSSKUHLE, «Neue Verwaltungswissenschaft», *Grundlagen des Verwaltungsrechts I*, Beck, München, 2006, pp. 1 e ss. Para uma perspectiva jurisprudencial da mudança v. CASSESE, Sabino, *I Tribunali di Babele*, Donzelli Editore, Roma, 2009.

⁽¹¹⁾ Neste aspecto chamamos a atenção para a necessidade e para importância na diferenciação entre *perigo* e *risco*, o que, por razões de economia do discurso, nos obriga a remeter para outro texto nosso e, essencialmente, para as indicações bibliográficas aí contidas: «A “linha maginot” da sustentabilidade financeira. Perigo, risco, responsabilidade e compensação de sacrifícios: uma revisão da dogmática a pretexto da gestão do litoral», *RevCEDOUA*, 23, pp. 29 e ss.

⁽¹²⁾ Para uma visão geral da regulação económica independente v. MASING/MARCOU, *Unabhängige Regulierungsbehörden*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010; e para uma compreensão do modelo regulatório italiano, que é próximo do nosso, v. D'ALBERTI/PAJNO, *Arbitri dei mercati*, il Mulino, Bologna, 2010.

crático do Estado-nação. O que este legislador toma hoje como certa é apenas a *necessidade de intervenção* do poder público para garantir a protecção daqueles bens jurídicos, como lhe exigem as normas da lei fundamental, mas assegura que essa intervenção seja conduzida maioritariamente por entidades administrativas “vinculadas” aos resultados alcançados na sequência de procedimentos desenhados e concebidos para serem um instrumento aberto, participado, multinível e contínuo no qual os resultados se apresentam em constante renovação. São procedimentos através dos quais as entidades públicas se *interligam* aos agentes económicos, às entidades internacionais e supranacionais e aos resultados mais actuais da investigação científica para instituir *sistemas de avaliação* e de *gestão do risco*, que permitam, em tempo útil, carrear para uma “decisão administrativa não estável”⁽¹³⁾, o “conhecimento científico mais actualizado” e a ponderação mais equitativa dos factores de risco. O nosso “caso de estudo” são os *alimentos*⁽¹⁴⁾.

3.1. A complexa organização que preside à decisão administrativa nos alimentos

Desde as primeiras tentativas de catalogação dos alimentos na antiguidade, passando pela aprovação das primeiras leis em matéria alimentar e culminando com as normas internacionais aprovadas pela Federação Internacional de Leite e Produtos Lácteos, em 1903, facilmente registamos a existência de um *esforço público de regulação* em matéria alimentar com o intuito de garantir a qualidade de vida das populações. Preocupações às quais se haveria de juntar a dimensão humanitária, radicada em políticas de *optimização da gestão* dos alimentos disponíveis no planeta, de modo a erradicar a fome.

Assim, quando em 1945 é instituída a *Agência da ONU para a Agricultura e a Alimentação (FAO)*, que tem como principal missão combater a fome no mundo e que para o efeito actua como um *fórum* de países, disponibilizando

⁽¹³⁾ Expressão de E. SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2.^a ed., Springer, Heidelberg, 2006, p. 370.

⁽¹⁴⁾ Vejam-se outros exemplos de áreas de desenvolvimento do *direito administrativo do risco* como o direito do ambiente — ALEXANDRA ARAGÃO, «Dimensões europeias do princípio da precaução», *Revista da FDUP*, 2010/VII, pp. 245 ss. — a *nanotecnologia* — «“No data, no market” — A aplicação do princípio da precaução à nanotecnologia», *Revista da FDUP*, 2010/VII, pp. 345 e ss. — e o *direito das alterações climáticas* — KMENT, «Anpassung an den Klimawandel», *JZ*, 2/2010, pp. 62 e ss.

conhecimento científico em áreas como a produção agrícola, florestal e animal, a pesca ou a nutrição, percebe-se que esta iniciativa constitui apenas um novo passo da caminhada já longa. No contexto da actividade desenvolvida pela FAO destaca-se, em razão da efectividade da sua actuação, a instituição, em 1963, em parceria com a *Organização Mundial de Saúde (OMS)*, da *Comissão do Codex Alimentarius (CCA)*.

Centremos a nossa tenção no *Codex Alimentarius (CA)*, um conjunto de normas, regras alimentares e boas práticas em matéria de segurança alimentar, produzidas e aceites internacionalmente, cuja finalidade é *defender os consumidores e garantir as regras da concorrência na comercialização de produtos alimentares*. O *CA* é “ditado” pela *CCA*, uma entidade intergovernamental ⁽¹⁵⁾, instituída no contexto de um programa conjunto desenvolvido, como já dissemos, pela FAO e pela OMS, cuja finalidade primeira radicava na promoção da segurança alimentar através da *gestão integrada do conhecimento*, mas que acabou também por se interligar com objectivos económicos, passando igualmente a preocupar-se com a garantia de uma concorrência leal na comercialização de produtos alimentares, procurando identificar as suas qualidades de origem. Este segundo objectivo foi, de resto, reforçado com a aprovação do *Acordo sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitosanitárias (Acordo SPS)* e do *Acordo sobre Obstáculos Técnicos ao Comércio (Acordo TBT)*. Dois Acordos Multilaterais sobre comércio de bens, aprovados pela *Organização Mundial de Comércio*, que adoptam os *standards do CA* como medidas de harmonização na aplicação daqueles documentos, responsabilizando aquela organização pela adopção de *standards* fundados no conhecimento científico mais actualizado e nas mais adequadas técnicas de *gestão do risco*.

De acordo com o *Regulamento da CCA*, a adopção das *normas alimentares* por esta entidade assenta num processo complexo, para o qual a *CCA* conta com a colaboração de um vasto conjunto de órgãos auxiliares para as *tarefas de normação*, entre os quais se incluem os *Comités do Codex* para assuntos especiais (ex. Comité do Codex sobre frutas e hortaliças frescas, com sede no México,

⁽¹⁵⁾ A natureza jurídica da *Comissão do Codex Alimentarius* não é pacífica na doutrina, que se divide entre a sua qualificação como administração híbrida intergovernamental-privada ou como simples estrutura intergovernamental (conceito que a própria entidade utiliza na sua autoqualificação) — sobre o tema v. RAVI AFONSO PEREIRA, «Why Would International Administrative Activity Be Any Less Legitimate? — A Study of the Codex Alimentarius Commission», *German Law Journal*, Vol. 9, n.º 11, p. 1697.

encarregado, entre outras tarefas, de elaborar normas e códigos de conduta de carácter mundial aplicados às frutas e às hortaliças frescas), os *Comités de Coordenação* (ex. Comité de Coordenação para a Europa, com sede na Polónia, a quem compete, entre outras coisas, determinar os problemas e as necessidades da região em matéria de normas alimentares e inspecção de alimentos) e os *Grupos de Acção Intergovernamental* (ex. Grupo de Acção Intergovernamental sobre sumos de frutos, com sede no Brasil, incumbido de rever e unificar as normas do *CA* sobre esta matéria).

O procedimento para a elaboração das normas alimentares consta do *Manual de Procedimento do Codex Alimentarius* ⁽¹⁶⁾ e baseia-se em uma *acção de planificação estratégica* (“gestão de normas”) organizada em oito etapas: 1) *planificação estratégica* em que a Comissão define as prioridades dos trabalhos ⁽¹⁷⁾; 2) elaboração de um projecto de norma ou de revisão de norma por um Comité especializado ou pelo Membro proponente; 3) a Comissão decide que deve ser elaborada a norma e a Secretaria prepara o respectivo anteprojecto; 4) a Secretaria envia o anteprojecto de norma ao órgão auxiliar com poder para analisar e introduzir emendas; 5) o anteprojecto é enviado ao Comité executivo e à Comissão para a respectiva formalização como projecto de norma; 6) o projecto é remetido pela Secretaria aos Membros e às Organizações Internacionais para que formulem observações, incluindo aspectos relacionados com impactes económicos negativos da norma; 7) a Secretaria remete as observações ao órgão auxiliar ou outro que tenha autoridade para examiná-las e emendar a norma; 8) o processo vai ao Comité executivo para um último exame crítico e é submetido à Comissão para a sua adopção como *norma do Codex*.

Neste procedimento, separa-se a *avaliação do risco* — uma subfase baseada na linguagem científica que em regra está organizada em quatro etapas, correspondentes à identificação do perigo, caracterização do perigo, avaliação da exposição e caracterização do risco (probabilidade de ocorrência da lesão) — da *gestão do risco* — uma subfase assente num juízo de ponderação a cargo de entidades sujeitas a *accountability*, em que se ponderam alternativas políticas,

⁽¹⁶⁾ Utilizamos como referência a 19.ª edição do *Manual de Procedimento do Codex Alimentarius*, publicada em 2010 (disponível *on-line*, acesso 17.01.2011).

⁽¹⁷⁾ Trata-se de uma planificação estratégica para períodos de cinco anos. Neste momento está em execução o Plano Estratégico 2008-2013, que inclui entre os seus objectivos principais a melhoria da qualidade técnica das suas decisões através, entre outros pontos, do *reforço do papel da participação* dos membros.

tendo em conta a avaliação dos riscos e outros factores legítimos, seleccionando opções apropriadas de prevenção e controlo (planos de resposta).

A diferenciação entre as duas dimensões subjacentes à elaboração da *norma alimentar* encontra-se bem patente no respectivo procedimento. A *avaliação do risco* é uma tarefa confiada aos Comités Mistos de especialistas FAO/OMS, sem representação estadual, que coadjuvam a CCA — referimo-nos, por exemplo, ao *Comité de Especialistas em Aditivos Alimentares (JECFA)*, à *Reunião Conjunta FAO/OMS sobre Resíduos de Pesticidas (JMPR)* e ao *Comité de Peritos em Avaliação de Risco Microbiológico (JEMRA)* — e dos quais se espera a produção de *informação científica relevante*, baseada em toda a informação disponível, para garantir a qualidade e a inocuidade dos alimentos.

Já a *gestão do risco* assenta num juízo de prognose e de ponderação no âmbito do qual são analisados os efeitos que outros elementos, como a *rotulagem* (disponibilização de informação), e técnicas, como a *rastreabilidade* e os *planos de resposta em caso de lesão*, podem trazer para a redução do risco para a saúde pública no consumo de alguns alimentos. E embora a interacção entre estes dois momentos seja essencial na formulação do juízo pragmático que preside ao conteúdo da norma do *Codex*, a separação entre os dois momentos — avaliação do risco e a gestão do risco — é considerada essencial para garantir a integridade científica dos resultados alcançados na fase de avaliação dos riscos, promovida de forma mais intensa pela CCA, a qual não pode sobrepor-se aos actores políticos quando está em causa a decisão de gestão do risco, desde logo porque esta depende da agilidade e eficácia de certas estruturas burocráticas, o que exige uma necessária *margem de livre conformação*.

Por essa razão, as *normas do CA* não substituem as normas jurídicas nacionais, uma vez que as mesmas apenas constituem *standards* em matéria de segurança alimentar e de garantia de qualidade dos produtos. Condição que leva a doutrina aconselhar uma distinção entre os *standards de segurança alimentar* que resultam de uma ponderação entre a saúde pública e as práticas alimentares, tendo os mesmos adquirido força vinculativa após a entrada em vigor do *Acordo SPS*, e os *restantes standards* que se destinam apenas a orientar o consumo, garantindo a informação do consumidor ⁽¹⁸⁾. Uma distinção que

⁽¹⁸⁾ O TJCE teve já oportunidade de se pronunciar sobre o *valor jurídico* das normas do *Codex Alimentarius* em matéria de identificação das qualidades de produtos alimentares, reconhecendo-lhes *valor meramente indicativo* — v. *Ac. Deserbais* (Proc. C-286/86) onde foram rejeitadas a aplicação da norma do *Codex* e da *Convenção interna-*

se compreende facilmente se atentarmos, por exemplo, na diferença entre o *standard que fixa o nível máximo de chumbo no peixe*, o qual impede a respectiva comercialização excedido aquele nível, e o *standard para a comercialização da papaia*, que orienta o consumidor na escolha do produto de melhor qualidade.

As perguntas a fazer neste momento são as seguintes: as normas do CA vinculam as entidades nacionais? Como?

Portugal e a União Europeia são membros da CCA, encontrando-se a competência de um e outro em matéria de participação naquela entidade devidamente definida no anexo II, da Decisão do Conselho, de 17 de Novembro de 2003 (2003/822/CE). Com efeito, a “interposição” do nível europeu no contexto da aplicação no ordenamento jurídico nacional dos *standards e códigos de boas práticas* estabelecidos no *Codex Alimentarius*, permite-nos compreender que as autoridades administrativas nacionais, mais concretamente os serviços do Ministério da Agricultura que têm como missão garantir a saúde pública em matéria de alimentos, se apresentem nesta matéria como *entidades administrativas que trabalham em estreita colaboração com entidades administrativas europeias*, aplicando com força vinculativa a nível nacional normas, *standards* e outro tipo de *soft law* produzido extra-estadualmente (directamente pela UE, ou pela CCA e assimilado pela UE), cujo incumprimento dá lugar à aplicação de sanções administrativas ⁽¹⁹⁾.

cional sobre o uso de indicações de origem e de denominações de queijos, assinada em Stresa, em 1 de Junho de 1951, como critérios de “delimitação do produto queijo EDAM”; e Ac. Guimont (Proc. C-448/98) que mobilizou a norma do Codex para permitir a atribuição da comercialização com a marca “EMENTAL” de um queijo com iguais características, mas fabricado sem casca.

⁽¹⁹⁾ Um exemplo que ilustra bem esta realidade é o “*Editais n.º 1*”, emitido em 10 de Novembro de 2010, pela *Direcção-Geral de Veterinária*, em matéria de “*controlo de salmonelas em ovos para consumo*”. A *avaliação do risco das salmonellas* em ovos e frangos para assar foi objecto de um estudo científico desenvolvido pelo *Comité de Peritos em Avaliação de Risco Microbiológico (JEMRA) — Microbiological Risk Assessment Series 1. FAO/WHO 2002*. Com base nos resultados daquele estudo, a *Comissão Codex Alimentarius* aprovou o *Code of Hygienic Practice for Eggs and Egg Products (CAC/RCP 15 — 1976)*, através do qual se pretendia alcançar maior segurança no consumo daquele alimento. No nível europeu, a Autoridade Europeia em Segurança Alimentar aprovou dois documentos sobre a matéria (*Special measures to reduce the risk for consumers through Salmonella in table eggs — e.g. cooling of table eggs*, de 22.01.2009; e *Quantitative risk assessment of Salmonella Enteritidis in shell eggs in Europe*, de 20.04.2010) que em parte corroboram as medidas entretanto adoptadas no Regulamento (CE) n.º 2160/2003, de 17 de Novembro, o qual

Neste contexto, assume especial relevância a criação da *Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos (EFSA)* ⁽²⁰⁾, uma agência europeia cuja missão é o fornecimento de apoio técnico e científico à legislação e políticas comunitárias em todos os domínios que tenham impacto directo ou indirecto na segurança dos géneros alimentícios ou dos alimentos para animais. De acordo com o diploma que instituiu a Agência, a sua actividade principal consiste na emissão de *pareceres científicos*, tarefa que é especialmente cometida aos *painéis científicos*, constituídos por cientistas independentes ⁽²¹⁾. Embora não disponha de poderes normativos, a verdade é que os *pareceres científicos* emitidos pela EFSA ganham *força vinculativa* através da produção normativa europeia que garante a efectividade das suas recomendações. Por essa razão, impõem-se alguns requisitos de controlo quanto ao respectivo conteúdo. Um controlo que é garantido não apenas através da *independência dos técnicos*, da *transparência* das operações desenvolvidas, e da *colaboração* através da *criação de redes de organismos que trabalhem nestes domínios* ⁽²²⁾, mas também segundo meca-

definiu objectivos de redução da prevalência de todos os serótipos de *Salmonella* significativos em matéria de saúde pública em galinhas poedeiras de *Gallus gallus* ao nível da produção primária e em outras fases da cadeia alimentar. Mais tarde, o Regulamento (CE) n.º 852/2004, de 29 de Abril, relativo à higiene dos géneros alimentícios transpunha para o direito europeu o conteúdo do Código de Boas Práticas do *Codex Alimentarius*. Esta normação Europeia vem depois a ser aplicada no direito nacional, entre outros instrumentos, através do *Programa Nacional de Controlo de Salmonelas em Bandos de galinhas poedeiras*, do qual o Edital constitui um instrumento de aplicação a nível nacional, podendo a respectiva habilitação encontrar-se no regime legal que aprova o sistema de vigilância das zoonoses — Decreto-Lei n.º 193/2004, de 17 de Agosto — e no que aprova a *vinculatividade dos códigos de boas práticas* em matéria alimentar — Decreto-Lei n.º 113/2006, de 12 de Junho.

⁽²⁰⁾ A *Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos* foi criada pelo Regulamento (CE) n.º 178/2002, de 28 de Janeiro.

⁽²¹⁾ De acordo com o art. 28.º do Regulamento (CE) n.º 178/2002, de 28 de Janeiro, foram instituídos os seguintes painéis científicos: Painel dos aditivos alimentares, aromatizantes, auxiliares tecnológicos e materiais em contacto com os géneros alimentícios; Painel dos aditivos e produtos ou substâncias utilizados nos alimentos para animais; Painel da fitossanidade, dos produtos fitossanitários e respectivos resíduos; Painel dos organismos geneticamente modificados; Painel dos produtos dietéticos, nutrição e alergias; Painel dos riscos biológicos; Painel dos contaminantes da cadeia alimentar; e o Painel da saúde e bem-estar animal.

⁽²²⁾ Não podemos deixar de assinalar nesta sede algumas semelhanças entre este mecanismo de resolução dos litígios e as formas geralmente utilizadas em organizações

nismos próprios como a *neutralização de parecer científicos divergentes*, quer a sua emissão ocorra dentro da agência, quer entre a agência e outros organismos que realizem tarefas idênticas, hipóteses para as quais se institui um *procedimento de cooperação* tendo em vista a eliminação da divergência ⁽²³⁾.

3.2. A decisão administrativa nos alimentos

Por tudo quanto vimos de dizer, percebe-se facilmente que as *decisões administrativas* em matéria de *alimentos* se submetem hoje a um complexo e exigente escrutínio, gizado em contexto *multinível*, transcendendo em muito os parâmetros tradicionais das autorizações e proibições de comercialização de produtos alimentares adoptados pelas autoridades sanitárias nacionais ⁽²⁴⁾.

O caso das *águas minerais* é um exemplo paradigmático, que começa com a delimitação do próprio conceito, mais precisamente com a dúvida quanto a saber se as águas minerais têm ou não que apresentar efeitos benéficos para a saúde como requisito para a obtenção do *reconhecimento*. Presentemente, o conceito de *água mineral para consumo como alimento* encontra-se estabilizado na norma do *Codex Alimentarius*, que a define como uma água que se distingue da água potável normal, caracterizada pelo seu conteúdo em determinados sais minerais, presença de oligoelementos ou outros constituintes, obtida directamente de fontes naturais ou perfurações em cujo perímetro têm de ser adoptadas determinadas precauções para evitar contaminação ou influências externas, cuja composição e qualidade de fluxo são constantes tendo em conta o ciclo das flutuações naturais menores, captada em condições que garantem a pureza microbiológica original e a composição química dos elementos essenciais, engarrafada junto da fonte com especiais cautelas higiénicas, e que não

internacionais para garantir o controlo das respectivas decisões, como é o caso da Organização Mundial de Comércio que recorre aos mecanismos de resolução alternativa de litígios como o *benchmarking* a partir de *standards* (também utilizado, por exemplo, pela OCDE no controlo dos resultados do sistema de avaliação de alunos conhecido como “PISA”) ou o *método aberto de coordenação* — v. RUFFERT, «Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts», *Grundlagen des Verwaltungsrechts I*, Beck, München, 2006, pp. 1109 e 1159; e CANANEA, *Al di là dei confini statuali*, il Mulino, Bologna, 2009, p. 97.

⁽²³⁾ Cf. art. 30.º do Regulamento (CE) n.º 178/2002, de 28 de Janeiro.

⁽²⁴⁾ Recorde-se o caso de intoxicação por consumo de óleo de colza que ocorreu em Espanha na década de 80 e que criou pânico também entre nós, originando a proibição de comercialização de diversos produtos.

é submetida a outros tratamentos para além dos permitidos pela norma do Codex ⁽²⁵⁾.

Mas a norma do *Codex* não se limita a definir um conceito de *água mineral* que garanta a preservação das condições inatas de uma água captada na natureza, ela estabelece ainda, por razões de saúde pública, *limites para a presença de determinadas substâncias*, bem como um conjunto de *regras de higiene para o processamento do respectivo engarrafamento* ⁽²⁶⁾. E estes *standards* foram adoptados pela União Europeia ⁽²⁷⁾, não apenas no que respeita às questões de saúde pública e que se prendem com a fixação de *limites de concentração* de certas substâncias, mas também no que respeita à determinação de requisitos para garantir a concorrência no mercado em matéria de comercialização destes tipo de alimentos. E foram também transpostos para o direito nacional, completando, assim, a *cadeia de internacionalização na regulação da matéria* ⁽²⁸⁾.

Neste contexto, vejamos, em primeiro lugar, se o conceito de água mineral natural adoptado pelo legislador nacional, que a define como “*a água de circulação subterrânea, considerada bacteriologicamente própria, com características físico-químicas estáveis na origem, dentro da gama de flutuações naturais, de que podem eventualmente resultar efeitos favoráveis à saúde e que se distingue da água de beber comum pela sua pureza original e pela sua natureza, caracterizada pelo teor de substâncias minerais, oligoelementos ou outros constituintes*”⁽²⁹⁾, terá

⁽²⁵⁾ A norma do *Codex*: Codex Standard 108-1981, adoptada em 1981, emendada em 2001 e revista em 1997 e 2008.

⁽²⁶⁾ Referimo-nos ao *Código de Práticas para a captação, elaboração e comercialização das águas minerais naturais* (CAC/RCP 33-1985).

⁽²⁷⁾ Cf. Directiva 2003/40/CE, de 16 de Maio, que estabelece a lista, os limites de concentração e as menções constantes do rótulo para os constituintes das águas minerais naturais, bem como as condições de utilização de ar enriquecido em ozono para o tratamento das águas minerais naturais e das águas de nascente.

⁽²⁸⁾ Cf. Decreto-Lei n.º 156/98, de 6 de Junho e Decreto-Lei n.º 72/2004, de 25 de Março.

⁽²⁹⁾ Apesar do conceito de água mineral consagrado no art. 2.º do Decreto-Lei n.º 156/98, de 6 de Junho, não se referir à necessidade de propriedades benéficas para a saúde, a verdade é que o conceito de *água mineral* consagrado no Decreto-Lei n.º 90/90, de 16 de Março, não foi expressamente revogado, pelo que no seu art. 3.º ainda se pode ler que a água mineral “*é uma água considerada bacteriologicamente própria, de circulação profunda, com particularidades físico-químicas estáveis na origem dentro da gama de flutuações naturais, de que resultam propriedades terapêuticas ou simplesmente efeitos favoráveis à saúde*”. O Decreto-Lei n.º 156/98, transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Directiva 96/70/CE,

ou não que ser interpretado em conformidade com o *standard internacional*, o que determina, por exemplo, a *proibição de recusa de reconhecimento* de uma água como água mineral com fundamento no facto de esta não ter propriedades favoráveis à saúde.

Sublinhe-se que uma questão semelhante a esta foi analisada em 1996 pelo Tribunal de Justiça das Comunidades a propósito da recusa pelo Land Baden-Württemberg em reconhecer a qualidade de água mineral natural à água de uma das nascentes da *Badische Erfrischungs-Getränke GmbH & Co.KG*, com o fundamento de que a mesma não tinha “efeitos fisiológicos-nutricionais” e que só poderia ser reconhecida como água mineral, à luz do direito alemão, aquela que possuísse propriedades favoráveis à saúde. Nessa ocasião, o tribunal decidiu, baseando-se exclusivamente em critérios de mercado, que o direito europeu se opunha a que um Estado-Membro exigisse que uma água tivesse propriedades favoráveis à saúde para poder ser reconhecida como água mineral natural, fundamentando a sua decisão nas disposições da Directiva 80/777/CEE do Conselho, de 15 de Julho de 1980, um diploma anterior ao *standard* do *Codex*, no qual se considerava que as propriedades favoráveis à saúde integravam um elemento facultativo para a qualificação de uma água como mineral, uma vez que para tanto apenas se exigia uma natureza caracterizada pelo seu teor em minério, oligoelementos ou outros constituintes e a preservação da sua pureza original.

Hoje, a remissão que os ordenamentos jurídicos nacional e europeu fazem para o *Codex Alimentarius* permite não apenas resolver esta questão, que se apresenta quase sempre como um problema de mercado, alicerçado no dever de esclarecimento dos consumidores quanto ao tipo de alimento que estão a consumir — uma água que se caracteriza por certas propriedades naturais, mas que não tem efeitos benéficos para a saúde —, mas ainda monitorizar o problema da qualidade e do impacto que o consumo destas águas pode ter sobre a saúde da população, ao serem fixados critérios (níveis máximos de concentração) para os seus constituintes (os critérios correspondem a estudos científicos sobre a *avaliação do risco*) de modo a reduzir o risco do respectivo consumo para a saúde pública. Assim se explica, de resto, que de um regime legal que *exigia* a demonstração de propriedades benéficas para a saúde como requisito

revogando o Decreto-Lei n.º 283/91, de 9 de Agosto, que havia transposto para o ordenamento jurídico português a Directiva 80/777/CEE, de 15 de Julho, mas que deixara inalterado o conceito de *água mineral* consagrado no Decreto-Lei n.º 90/90.

para o *reconhecimento* da água se tenha evoluído, por influência de normas supranacionais, para um regime legal que *proíbe* quaisquer indicações de rotulagem que atribuam a uma água mineral propriedades de prevenção, de tratamento ou de cura de doenças humanas, designadamente as menções «medicinal» e «minero-medicinal»⁽³⁰⁾.

Podemos portanto afirmar que o *acto administrativo de reconhecimento de uma água como água mineral*, cuja competência, segundo o art. 3.º do Decreto-Lei n.º 156/98, pertence ao Ministro da Economia, sob proposta da Direcção Geral de Energia e Geologia⁽³¹⁾, evoluiu de um tipo de *autorização-habilitação* para uma *decisão administrativa em matéria de gestão de risco alimentar*. Mas que tipo de evolução se encontra aqui? Compulsando os ensinamentos de Rogério Soares, logramos enquadrar o reconhecimento de uma água como água mineral, no âmbito de uma subcategoria dos *actos autorizativos*, ou seja daquelas “actividades que eram excepcionalmente retiradas à disponibilidade dum sujeito, mas que se tornavam possíveis depois duma manifestação dum agente administrativo”⁽³²⁾, uma vez que se tratava do “exercício de certos poderes por um sujeito privado que poderiam potencialmente entrar em conflito com um interesse público”⁽³³⁾. Mais concretamente, no âmbito das *habilitações*, categoria caracterizada pelo autor como uma figura sem contornos bem definidos, abarcando as situações em que o “legislador introduzia limitações ao exercício da liberdade individual, em termos de garantir (...) em certos bens um nível de perigo tolerável”⁽³⁴⁾. Neste contexto, o *reconhecimento da água como mineral* corresponderia a um acto de *habilitação* do bem para o consumo humano como alimento com certas propriedades.

⁽³⁰⁾ Cf. art. 10.º/2 do Decreto-Lei n.º 155/98.

⁽³¹⁾ No texto original do artigo a proposta deveria ser efectuada pelo Instituto Geológico e Mineiro (IGM), que foi extinto em 2003, tendo as respectivas competências passado para a Direcção Geral de Energia e Geologia — cf. Decreto-Lei n.º 186/2003, de 20 de Agosto (lei orgânica do MEc) e Decreto-Lei n.º 15/2004, de 14 de Janeiro (lei orgânica da DGGE), diplomas que foram depois substituídos no contexto da aplicação do PRACE, pelo Decreto-lei n.º 208/2006, de 27 de Outubro (lei orgânica do Ministério da Economia e da Inovação) e pelo Decreto-Lei n.º 139/2007, de 27 de Abril (lei orgânica da DGEG), respectivamente.

⁽³²⁾ ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo...*, p. 111.

⁽³³⁾ *Ibidem*.

⁽³⁴⁾ ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo...*, p. 121.

Em que é que podemos então distinguir o actual reconhecimento, que qualificámos como *decisão administrativa em matéria de gestão de risco alimentar*, da autorização-habilitação antes referida? Em nosso entender, em dois pontos essenciais: em primeiro lugar, na *arena em que a decisão é preparada*, pois deixa de estar na livre disponibilidade do legislador nacional definir o parâmetro a aplicar pelas entidades administrativas nacionais, as quais passam também a conformar-se com um espaço de livre apreciação que apresenta características especiais (*ver infra*) e, em segundo lugar, *nos efeitos* que produz, quer em termos *territoriais*, uma vez que o *reconhecimento* produz efeitos em todo o território da União Europeia (o acto de reconhecimento de uma água mineral subordina-se à *regra do mútuo-reconhecimento*⁽³⁵⁾, o que significa que constitui um *acto administrativo transnacional*⁽³⁶⁾), quer em termos de *estabilidade*, na medida em que a validade do reconhecimento tem de ser renovada a cada cinco anos, podendo os requisitos ser também alterados sempre que tenha lugar uma revisão da *norma do Codex* relativa às qualidades da água mineral.

4. Os desafios ao controlo judicial

Vejam os um pouco melhor as diferenças entre o acto de reconhecimento no contexto anterior e no actual contexto, atentando nas consequências que daí advêm para o respectivo controlo judicial.

4.1. A internacionalização da arena onde é instruída a decisão

Em primeiro lugar, regista-se uma modificação da *arena em que a decisão é preparada*, pois se antes essa decisão contava apenas com os resultados da *avaliação do risco* efectuada pelas autoridades administrativas nacionais, no contexto de uma *discrecionabilidade administrativa*, hoje essa avaliação do risco é realizada a nível internacional, de acordo com um procedimento complexo,

⁽³⁵⁾ Cf. art. 1.º da Directiva 80/777/CEE, transporta entre nós pelo Decreto-Lei n.º 156/98.

⁽³⁶⁾ O *acto administrativo transnacional* é uma construção fundamental do *direito administrativo europeu* que com o objectivo de dinamizar a troca de bens e serviços no mercado interno instituiu um sistema de *mútuo reconhecimento* (*doutrina Cassis de Dijon*) de autorizações administrativas — sobre o tema v. KADELBACH, *Allgemeines Verwaltungsrechts unter europäischem Einfluss*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, pp. 328 e ss., e o nosso, *Direito Administrativo Europeu*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.

gerido por uma entidade internacional e independente, que adopta *normas técnicas* baseadas exclusivamente em uma linguagem científica complementadas por *normas jurídicas* em matéria de avaliação do risco. E esta é a primeira modificação assinalável.

A *decisão administrativa no domínio do risco alimentar* deixa de ser unitária e decompõe-se em duas dimensões: uma de base científica, independente e de nível internacional, que apenas procura garantir a avaliação do risco segundo os conhecimentos mais recentes da ciência — a *avaliação do risco* — e outra administrativa e de âmbito nacional (no nosso caso supranacional por força da integração no mercado europeu), que incorpora os contributos da primeira no quadro de uma ponderação para a qual são convocados os instrumentos de *gestão do risco* disponíveis (embora a *norma do Codex* já contemple a indicação dos parâmetro de gestão do risco ela é aberta quanto a esta ponto, pois dependerá dos elementos que as autoridades de aplicação consigam instituir, por exemplo dispor ou não de um sistema de *rastreabilidade*). Neste contexto, pergunta-se: o que é muda no método jurídico tradicional? A resposta exige um desdobramento em duas questões: em primeiro lugar, quem controla a aplicação do direito tem de analisar e enquadrar a fase científica da *avaliação do risco* e a fase administrativa da *gestão do risco* no âmbito do controlo judicial, e, por outro lado, tem ainda que analisar a intervenção administrativa no quadro da *responsabilidade pelo risco*. Vejamos.

Em primeiro lugar, como é que se acomodam as fases de avaliação do risco e de gestão do risco no âmbito do controlo judicial da decisão administrativa. Tomando ainda como referência o nosso caso de estudo — o caso das águas minerais — diremos que a *avaliação do risco* em si não é sindicável judicialmente, pois não compete ao poder judicial substituir-se ao júzo científico para dizer se um determinado nível de flúor é ou não o adequado para garantir a inocuidade no consumo humano ⁽³⁷⁾. O mesmo já não pode dizer-se, porém,

⁽³⁷⁾ Neste ponto, é importante sublinhar que acompanhamos as teses de que as “normas” emanadas das entidades internacionais não sofrem de qualquer défice de legitimidade por não terem suporte nos *canons* democráticos tradicionais, uma construção defendida por aqueles que entendem que é hoje possível falar de um *direito administrativo internacional* sem mediação do Estado, ou seja, de um conjunto de regras vinculativas que prescindem da legitimidade nacional e da base territorial — *v.*, por todos, G. BIAGGINI, «Die Entwicklung eines internationalen Verwaltungsrechts», *VVDStRL*, 2008/67, pp. 413 e ss.

Neste contexto, secundamos também, quer aqueles que não encontram *deficit* de legitimidade nos procedimentos de controlo instituídos pelas entidades administrativas

da *gestão do risco*, na medida em que se trata de uma *ponderação* que as entidades administrativas fazem, com base nos resultados da avaliação do risco e dos parâmetros de gestão do risco, a que somam os instrumentos ao dispor das autoridades administrativas, como é o caso, por exemplo, da implementação de um sistema de *rastreabilidade* que permita acompanhar o alimento ao longo da sua cadeia de transmissão, através de um fluxo contínuo de informações que são associados ao fluxo físico das mercadorias e que permitem uma intervenção eficaz das autoridades em qualquer momento. É certo que estaremos sempre no domínio de uma *decisão administrativa discricionária*, mas isso, como bem sabemos, não impede o controlo da decisão verificando a sua conformidade com os princípios jurídicos, em especial, com os *princípios da precaução*, da *prevenção*, da *sustentabilidade* e da *proporcionalidade e razoabilidade*.

Com efeito, ao tribunal não pode estar vedado um controlo jurisdicional sobre as decisões administrativas em matéria de *gestão do risco*, pois ele, tal como a Administração, tem acesso directo às normas constitucionais que consagram os bens jurídicos cuja protecção aqui se equaciona: saúde pública e livre exercício de uma actividade económica. E embora se reconheça que na parte científica (a *avaliação do risco*) a decisão não é sindicável, na parte da decisão administrativa (*gestão do risco*) a decisão é, tem de ser, permeável ao juiz — o tribunal pode decidir proibir a comercialização de um alimento se considerar que os critérios de gestão do risco adoptados (ex. indicação na rotulagem de que não deve ser excedida uma determinada dose diária de consumo) não são adequados nem razoáveis em face da probabilidade da lesão (dos efeitos que resultam do excesso daquela dose para a saúde humana).

A permeabilidade da decisão ao controlo judicial, que é inequívoca — salvaguardada a margem reservada pelo *direito do risco* às formulações próprias do poder administrativo —, não se deve circunscrever à anulação de decisões que violem os princípios antes enunciados, mas coloca-se um problema quanto à

internacionais, no âmbito dos quais se insere a eliminação de divergências entre pareceres na CCA — para uma visão geral do controlo da actividade administrativa das organizações internacionais v. DULCE LOPES, «Direito administrativo das organizações internacionais», *Tratado de Direito Administrativo Especial III*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 180 e ss. —, quer os que reconduzem estes *standards* a elementos do “novo direito público” que se vem desenvolvendo na “estadualidade aberta” e no contexto da “meta-dogmática do pluralismo jurídico” — cf. T. VESTING, «Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung», *VVDStRL*, 2004/63, pp. 41 e ss. (66).

extensão a outro tipo de situações — por exemplo, pode um interessado pedir a condenação da Administração à instituição de um sistema de rastreabilidade, quando este conste de um código de boas-práticas aprovado pela *Comissão do Codex*? E à implementação de alguns *Códigos de Higiene* ou em matéria de preparação e confecção de alimentos? A internacionalização dos *standards* de saúde pública acarretam um nivelamento das autoridades nacionais com os agentes económicos que permite expandir o âmbito da acção administrativa comum nos termos antes enunciados? Em caso afirmativo, podemos dizer que a *internacionalização do direito* consubstancia uma redução da discricionariedade administrativa, na medida em que fornece novos parâmetros de controlo ao poder judicial? Em caso afirmativo, como se controlam os impactes económicos destas decisões judiciais?

Apesar da pertinência das questões, não podemos responder a elas de forma cabal na economia deste texto, mas podemos deixar algumas considerações sobre o problema principal que subjaz a todas elas: não sendo de afastar o controlo judicial podemos afirmar que o mesmo não se processa nos moldes típicos do método tradicional, mas sim com algumas alterações. Por outras palavras, o problema que se coloca no controlo destes actos prende-se exclusivamente com a questão dos limites funcionais do juiz administrativo ou exige outras adaptações⁽³⁸⁾? Em nosso entender exigem-se neste domínio outras adaptações à “*new world order*” assentes no desenvolvimento dos mecanismos da “*judicial dialogue*”⁽³⁹⁾, através dos quais se alcançam sinergias fundamentais na melhoria da qualidade das decisões no direito em rede, as quais funcionam, ainda, como instrumentos de prevenção de novos litígios, pelo efeito mimético que têm nos “ordenamentos jurídicos em diálogo”, e, no caso da União Europeia, quando estão em causa actos transnacionais subordinados à regra do mútuo reconhecimento (ex. reconhecimento da água mineral), não podemos esquecer que estamos perante uma verdadeira decisão de âmbito europeu, mesmo que adoptada pelo tribunal administrativo nacional.

É certo que no fim veremos que muitas destas questões se revelam em

⁽³⁸⁾ A doutrina sublinha a relevância que os *standards* da *soft law* representam no contexto da formação das decisões judiciais, fenómeno que descrevem como um novo “*contexto implícito*” legitimador dessas decisões — KNAUFF, *Der Regelungsverbund: Recht und Soft Law im Mehrebenensystem*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, p. 509.

⁽³⁹⁾ Para uma perspectiva geral do tema, por todos, ANNE-MARIE SLAUGHTER, *A new world order*, Princeton, New Jersey, 2004.

parte falsas questões, em virtude da interposição do *fenómeno da europeização da gestão do risco* e da regulação do *mercado dos alimentos*. Com efeito, as autoridades nacionais ficam ainda mais limitadas no plano da decisão em matéria de gestão do risco porquanto muitas vezes a ponderação reclamada pela abertura da norma do *Codex* passou a ser efectuada ao nível europeu (a política a “uma só voz”) após a adesão da União Europeia ao *Codex Alimentarius*. O que é que isto significa em termos de controlo judicial? Em primeiro lugar, que uma boa parte da *soft law* produzida internacionalmente é transformada em normas legais pelas instâncias europeias, e aplicada directamente nos Estados-membros (regulamentos), ou que estes ficam vinculados a “ajustar” o seu ordenamento jurídico nacional aos mencionados parâmetros em decorrência do primado do direito europeu, que se fundamenta na garantia do bom funcionamento do mercado interno ⁽⁴⁰⁾.

Mas não só, ao “passar” pelo e/ou para o nível europeu, a decisão de *regulação do mercado de alimentos* agrega à ponderação em que tinham centralidade a promoção da saúde pública e a qualidade dos alimentos a preocupação em garantir o bom funcionamento da livre circulação de mercadorias no mercado interno. Uma agregação que explica, por exemplo, a adopção de um sistema de *mútuo reconhecimento* para o *acto de reconhecimento* de uma *água como água mineral* praticado pelas autoridades dos Estado-membros, bem como para o *acto de reconhecimento* de águas minerais importadas de países terceiros e certificadas pelas autoridades dos países de origem, consistindo na mera inscrição daquelas na lista das águas minerais reconhecidas, organizada pela Comissão Europeia e divulgada oficialmente, a partir da qual se permite a livre comercialização daqueles alimentos no espaço do mercado interno europeu ⁽⁴¹⁾.

⁽⁴⁰⁾ É o que acontece, por exemplo, quando a União Europeia, baseada no *standard* para os limites máximos de resíduos de medicamentos veterinários nos alimentos de origem animal fixados no *Codex Alimentarius* impõe que a administração de progesterona nos animais seja feita por via endovaginal e proíbe a sua administração por via intramuscular, uma vez que apenas no segundo caso existem estudos científicos que revelam que a administração daquela substância é susceptível de excluir riscos para a saúde humana. Uma decisão que afectou a empresa *cp-Pharma Handels GmbH* (a seguir «*cp-Pharma*»), que por essa razão viu revogada a autorização para introdução no mercado do medicamento denominado «*Progesteron ad us. vet*» (*progesterona para uso veterinário*), sob a forma de solução para injeção intramuscular, que lhe havia sido concedida pelas autoridades alemãs (Proc. C-448/06).

⁽⁴¹⁾ Cf. art. 3.º e 13.º do Decreto-Lei n.º 156/98.

Quer isto dizer, portanto, que ao fazer a análise da *qualidade dos alimentos* e do *risco para a saúde pública* a autoridade nacional terá de tomar em consideração a dimensão europeia da decisão (o facto de estar perante um *acto administrativo transnacional* ⁽⁴²⁾), bem como as implicações que essa dimensão acarreta no contexto do mercado interno europeu, e não pode invocar condições nutricionais específicas do seu território nacional para *regular o mercado dos alimentos* com objectivos proteccionistas ⁽⁴³⁾.

4.2. A falta de estabilidade da decisão e as posições jurídicas (instáveis) formadas a jusante da mesma

A outra dimensão fundamental a ter conta no momento do controlo judicial destes actos administrativos prende-se com o seu carácter essencialmente instável, o que afecta, e muito, a *densidade dos direitos ou interesses dos respectivos destinatários*.

Assim, o *reconhecimento* da água como água mineral constitui um acto administrativo gerador de uma determinada posição jurídica com valor económico, atendendo ao tipo de exploração que o titular do direito de utilização da mesma a partir da sua emissão poderá fazer do bem em causa, mas isso não significa que o destinatário não tenha, hoje, que tomar em devida

⁽⁴²⁾ Devemos sublinhar que existem algumas dificuldades de garantia da tutela jurisdicional efectiva na impugnação de *actos transnacionais* quando o procedimento de reconhecimento decorre perante as autoridades de outros Estados-membros e os “contra-interessados nacionais” são obrigados a ir fazer valer a sua posição no procedimento que é tramitado nesse Estado, perante as autoridades judiciárias respectivas e segundo os parâmetros de proporcionalidade aí aplicáveis — cf. SYDOW, *Verwaltungskooperation in der Europäischen Union*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004, pp. 148 e ss. A discussão do tema da protecção no âmbito dos procedimentos multinível vem colhendo especial interesse por parte da doutrina — v. *DÖV*, 2010/19, pp. 814 e ss.

⁽⁴³⁾ Neste ponto o caso *Comissão/Dinamarca* (Proc. C-192/01) é especialmente elucidativo dos problemas. O TJCE considerou violadora do art. 28.º TCE (hoje art. 34.º TFUE — proibição de restrições às importações) a “prática administrativa Dinamarquesa” (baseada em disposições legais daquele país) que sujeitava a *autorização* nacional a comercialização de alimentos já comercializados em outros países, que contivessem adição de vitaminas e minerais (produto enriquecido), exigindo não só a conformidade dos mesmos com os princípios gerais que regulam a adição de elementos nutritivos aos alimentos constantes do *Codex Alimentarius*, mas ainda a demonstração de que essa adição correspondia a uma necessidade da população dinamarquesa.

conta (leia-se, internalizar o risco económico) o *carácter instável* desta “posição jurídica de natureza económica” gerado pelo *acto administrativo de reconhecimento*.

É que este acto, perante o reforço e o dinamismo da avaliação científica, decorrente da internacionalização dos procedimentos de *avaliação do risco*, a que se soma a *europaização da gestão do risco*, que nesse nível é conjugada com directrizes de promoção do mercado interno, enfraquece em muito a posição do seu titular, obrigando-o a assumir diversos tipos de riscos económicos na exploração da sua actividade, que não são sequer controlados pelas autoridades administrativas nacionais, o que significa que o agente deve, pelo menos, ser adequadamente informado (*princípio da boa administração*) do mecanismo procedimental a que se subordinam estas decisões para que possa, de modo informado e responsável, organizar a sua actividade económica segundo critérios de sustentabilidade.

E é neste ponto onde muitas vezes se registam alguns desacertos dogmáticos em matéria de aplicação do regime jurídico da responsabilidade do Estado, resultantes da não tomada em consideração dos constrangimentos próprios do *direito administrativo do risco* e de um *acto administrativo multinível*. Não é apenas a existência de uma fase de *avaliação do risco* assente nos contributos da evolução do conhecimento científico que torna a *decisão instável*, mas também a europeização da respectiva gestão. Assim, aparentes “sacrifícios impostos à posição jurídica do destinatário do acto” pelas entidades administrativas nacionais são apenas o resultado de modificações produzidas na regulamentação em níveis supranacionais que a suportam, o mesmo é dizer que não se pode deixar de tomar em conta a *teia de subordinações* que condiciona a efectividade da decisão administrativa no plano nacional, neutralizado a possibilidade de recondução destes casos, sem mais, às consequências típicas da alteração das circunstâncias relevantes ou do interesse público ditado pelo legislador nacional ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴⁴⁾ VIEIRA DE ANDRADE reclama a consagração de um *regime especial de anulação ou revogação* de autorizações para os casos em que “a alteração das circunstâncias relevantes ou do interesse público implicam a *proibição* da actividade e a *extinção* da autorização”, dando como exemplo as matérias ambientais — *Lições de Direito Administrativo...*, p. 193. Consideramos, porém, que o exemplo escolhido pelo autor talvez não seja o mais impressionante, uma vez que a “questão ambiental” é sintomática pelo facto de corresponder a um dos primeiros domínios onde se desenvolveu o “acto instável”, mas hoje essa instabilidade é cada vez menos o resultado de uma especialidade substancial das matérias decididas, e

No fundo, o que queremos sublinhar é a imperiosidade de os tribunais nacionais “estabelecerem um diálogo” com as decisões de controlo adoptadas nos outros níveis de decisão, ou, sempre que esteja em causa a aplicação de um parâmetro de decisão europeu, accionar os mecanismos da justiça europeia para garantir uma tutela jurisdicional efectiva dos destinatários do acto. Isto significa, portanto, que muitas vezes os sacrifícios especiais e anormais decorrentes, quer de uma decisão administrativa, quer de um acto genérico, segundo a perspectiva do direito nacional, dos quais resulta uma *extinção do direito*, acabam por apenas encontrar *tutela jurisdicional efectiva* se ascendermos ou tomarmos em consideração o nível normativo-regulamentar em que a questão deve ser analisada ⁽⁴⁵⁾.

A desconsideração deste facto resulta muitas vezes na adopção de medidas de tutela jurídica secundária (vulgo *compensações* ou *indemnizações pelo sacrifício*) penalizadoras do erário público, o mesmo é dizer dos contribuintes, transferindo para estes riscos económico-financeiros que devem ser assumido pelos agentes económicos quando actuam nos domínios próprios do *direito adminis-*

cada vez mais o domínio típico dos esquemas decisórios estruturalmente assentes em procedimentos multinível.

⁽⁴⁵⁾ Veja-se o *caso AJD Tuna* (Proc. C-221/09), onde aparentemente uma empresa maltesa, que se dedicava à aquicultura e à engorda de atum rabilho capturado vivo no mar Mediterrâneo para revenda, teria sido alvo de um *sacrifício especial e anormal* imposto pelas autoridades de Malta na sequência da adopção do Regulamento (CE) n.º 530/2008, de 12 de Junho, que estabelecia medidas de emergência em relação aos cercadores com rede de cerco com retenida que pescavam atum rabilho no oceano Atlântico, a leste de 45.º W, e no mar Mediterrâneo, visando a conservação e exploração sustentável dos recursos halieúticos no âmbito da Política Comum das Pescas. Inconformada com a decisão do *Direttur tal-Agricoltura u s-Sajd*, que em aplicação do Regulamento em Malta, proibiu a AJD Tuna de adquirir e importar em Malta atum rabilho para as suas actividades, a empresa intentou um *pedido de indemnização* à *Prim'Awla tal-Qorti Ċivili* pelos danos que alegadamente sofreu devido à referida proibição, a qual considerava abusiva, ilegal e não razoável. O órgão jurisdicional considerou que a decisão da causa estava condicionada pela validade do regulamento, e interpôs um reenvio prejudicial, tendo o TJCE afirmado que a medida prevista no Regulamento não violava os princípios do contraditório, da tutela jurisdicional efectiva, da protecção da confiança ou da proporcionalidade, mas violava o *princípio da igualdade*, uma vez que adoptava prazos diferentes para a entrada em vigor das medidas relativamente aos cercadores que arvoravam pavilhão espanhol ou registados nesse Estado-Membro e os restantes, sem apresentar qualquer justificação para essa diferença de tratamento.

trativo do risco e quando adquirem direitos ou interesses legalmente protegidos fundados em *acto administrativo multinível* de acesso ao mercado

5. Considerações finais

A análise de alguns aspectos do regime jurídico do *acto administrativo multinível* permitiu revelar que este instituto jurídico continua a ser operativo perante os mais recentes desafios originados pela estadualidade aberta e pelos novos modos de produção das decisões administrativas.

Na verdade, a doutrina alemã defende que no *plano transnacional*, ou seja, no domínio dos actos administrativos cujos efeitos se expandem a todo o espaço europeu, este instituto jurídico ⁽⁴⁶⁾ constitui uma pedra angular para a construção de uma federação europeia ⁽⁴⁷⁾, o que significa que através dele se eleva uma decisão administrativa a instrumento de cooperação na implementação de políticas. Tratar-se-ia, porém, de um instrumento típico de actuação no território de uma organização supranacional que absorve alguns poderes soberanos aos Estados de modo a garantir uma governação no quadro de uma soberania co-dividida.

O que dizer então do surgimento de “acto administrativo *internacional*”? Em primeiro lugar, que os desenvolvimentos do direito administrativo internacional, associados em grande medida ao desenvolvimento do direito administrativo das organizações internacionais não permitem falar ainda, com rigor, em acto administrativo internacional, ficando as decisões neste plano sujeitas a um regime de *soft law*, radicado em *standards*, *recomendações*, *avisos*, tendo em vista a agilização de políticas globais, em especial no plano económico, assumindo papel de destaque o direito administrativo da OMC ⁽⁴⁸⁾. Mas a prática, como a doutrina bem sublinha, mostra-nos hoje coisa diferente, registando-se um impulso quase inconsciente dos ordenamentos jurídicos na adesão a esses *standards*, na promoção da participação na sua formação como

⁽⁴⁶⁾ SCHMIDT-ASSMANN define-o como um “tipo especial de decisão administrativa descentralizada com efeitos europeus”, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee...*, p. 405.

⁽⁴⁷⁾ Cf. SCHÖNBERGER, «Die Europäische Union als Bund», *AöR*, 2004/129, pp. 98 e ss.

⁽⁴⁸⁾ RUFFERT, «Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts», pp. 1157 e ss.

um *novo compromisso cívico* (o chamamento à cooperação dos agentes económicos privados e a construção de esquemas de garantia e de responsabilidade nos resultados alcançados) e na promoção gradual da sua vinculatividade como sinal da adesão ao modelo de economia global ⁽⁴⁹⁾. O resultado é a sua *infiltração* não só nos ordenamentos legislativos, mas também nas decisões judiciais ⁽⁵⁰⁾, “facilitando” aos operadores jurídicos alguma certeza na incerteza.

No fim deste pequeno excursus duas conclusões “instáveis” teimam em nos assolar: a primeira é a de que o acto administrativo se revela um instituto jurídico dúctil e capaz de se reinventar em todas as arenas, mesmo no contexto complexo do *direito em rede e multinível* onde consegue emergir enquanto afirmação de uma solução substantiva (embora instável) em uma arena desterritorializada, pluriparticipada e assimiladora de variáveis interdisciplinares; a segunda é a de que neste contexto não podemos deixar de acompanhar *Biaggini* quando em resposta às críticas pela falta de suporte constitucional do direito administrativo internacional responde a *Bogdandy* sublinhando o facto de este

⁽⁴⁹⁾ CLASSEN, «Die Entwicklung eines internationalen Verwaltungsrechts», *VVD-StRL*, 2008/67, pp. 365 e ss.

⁽⁵⁰⁾ Especialmente impressionante da *vinculatividade inconfessa* dos *standards* do *Codex* é a Sentença espanhola do Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) sobre a validade da “norma de qualidade” que define o “*yoghourt*”. A *Generalitat da Catalunya* interpôs naquele tribunal um pedido de anulação do *Real Decreto 179/2003*, de 14 de Fevereiro que aprovou a norma de qualidade para o “*yoghourt*”. O pedido de anulação fundava-se, entre outros argumentos, no facto de a norma em causa admitir a qualificação como “*yoghourt*” dos “*yoghourt*” *pasteurizados* depois da fermentação, pondo em causa o conceito tradicional de “*yoghourt*” como produto de leite coalhado obtido por fermentação láctea através da acção do «*Lactobacillus bulgaricus*» e «*Streptococcus thermophilus*», o que significa que apenas o produto com bactérias vivas constitui um “*yoghourt*”. Em resposta à questão, o tribunal sublinhou dois pontos interessantes: em primeiro lugar, que a norma em causa não constituía uma “norma técnica”, na medida em que não se limitava a um conteúdo técnico, mas antes a cumprir uma função de regulamentação no quadro europeu, definindo juridicamente um conceito de “*yoghourt*” para efeitos de autorização de introdução de produtos alimentares no espaço europeu; e, em segundo lugar, que o direito europeu não contemplava uma definição de “*yoghourt*”. Assim, e face à lacuna no ordenamento europeu quanto a esta matéria, o tribunal optou por convocar, para além das normas europeias em matéria de rotulagem, a *noma do Codex Alimentarius* (Codex STAN A-11.ª-1975) sobre “*yoghourt*” como orientação interpretativa, na qual se admite que a qualificação de “*yoghourt*” possa ser atribuída a produtos obtidos a partir de leite fermentado tecnicamente, mas desde que as restantes especificações revelem a diferença, decidindo, desta forma, contra o requerente e pela validade da norma.

direito administrativo, que se reconstrói na arena internacional, não assentar na “ideia de constituição”, mas sim na “ideia de direito administrativo”, cujo suporte é a protecção da racionalidade, mostrando que a (re)construção do direito público encontra melhor resposta no direito administrativo do que no direito constitucional ⁽⁵¹⁾... aparentemente, “o direito constitucional passa, enquanto o direito administrativo se reinventa”.

⁽⁵¹⁾ *VVDStRL*, 2008/67, p. 465. No mesmo sentido, ATIENZA ilustra a globalização afirmando que o tecido social global é composto por quatro categorias: os “*avispados*” (os que conseguem obter vantagens e não têm preocupações morais), os “*idiotas*” (podem ser beneficiados ou prejudicados, mas caracterizam-se pela indiferença relativamente aos “assuntos da cidade”), os “*parias*” (os que são prejudicados em resultado da acção dos “*avispados*” e dos “*idiotas*”) e os “*cívicos*” (aqueles que procuram limitar os “*avispados*”, agitar os “*idiotas*” e compensar os “*parias*”), conclui depois que só um direito concretizador dos princípios constitucionais pode “civilizar” o mundo, travando os “*avispados*” e diminuindo o número de “*idiotas*” nos países ricos e o número de “*parias*” nos países pobres — «Constitucionalismo, globalización y derecho», *El canon neoconstitucional*, UNAM, Trotta Madrid, 2010, p. 281 —, mas um “neoconstitucionalismo global” é, aparentemente, irrealista.

