



Universiteit
Leiden

The Netherlands

A separação de poderes e direitos fundamentais: algumas reflexões a partir de exemplos emblemáticos vindos dos Países Baixos

Pinto E Netto, L.C.; Gomes, C.A.; Neves, A.F.; Bitencourt Neto, E.

Citation

Pinto E Netto, L. C. (2023). A separação de poderes e direitos fundamentais: algumas reflexões a partir de exemplos emblemáticos vindos dos Países Baixos. In C. A. Gomes, A. F. Neves, & E. Bitencourt Neto (Eds.), *Discricionariedade administrativa e controlo do administração pública* (pp. 296-357). Lisbon: Lisbon Public Law Research Centre. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3728399>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3728399>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).



IV Colóquio Luso-Brasileiro de Direito Público

DISCRICIONARIDADE ADMINISTRATIVA E CONTROLO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

CARLA AMADO GOMES

ANA FERNANDA NEVES

EURICO BITENCOURT

(coordenadores)

Editor

Instituto de Ciências Jurídico-Políticas
Lisbon Public Law - Research Centre

-

www.icjp.pt

icjp@fd.ulisboa.pt

-

Dezembro de 2023

ISBN: 978-989-8722-67-6



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

Alameda da Universidade

1649-014 Lisboa

www.fd.ulisboa.pt



Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia

Foto da capa

Carla Amado Gomes

-

Produção

OH! Multimédia

mail@oh-multimedia.com

IV COLÓQUIO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO PÚBLICO

Discricionariedade administrativa e controlo da Administração pública

Faculdade de Direito de Lisboa

20 de Abril de 2023

Coordenação de

Carla Amado Gomes, Ana F. Neves e Eurico Bitencourt Neto

09:45 | **Abertura**

10:00 - 11:30 | **1º painel**

Panorama da discricionariedade administrativa em Portugal e no Brasil

- **Egon Bockmann Moreira**
Professor da Universidade Federal do Paraná
- **Eurico Bitencourt Neto**
Professor da Universidade Federal de Minas Gerais
- **Mariana Melo Egídio**
Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Moderadora: Carla Amado Gomes

Professora Associada da Faculdade de Direito de Lisboa

11:30 -13:00 | **2º painel**

Discricionariedade administrativa na jurisprudência

- **Gustavo Binenbojm**
Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro
- **Romeu Thomé**
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara
- **Carlos Carvalho**
Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal Administrativo

Moderador: Pedro Sánchez

Professor Auxiliar Convidado da Faculdade de Direito de Lisboa



Pausa para almoço

14:30 - 16:00 | 3º painel

Discricionariedade administrativa e controle pelos Tribunais de Contas

- **Pedro Niebuhr**
Professor da Universidade Federal de Santa Catarina
- **Maria Tereza Dias**
Professora da Universidade Federal de Minas Gerais
- **Sofia David**
Juiza Conselheira do Tribunal de Contas de Portugal

Moderador: Tiago Serrão

Assistente Convidado da Faculdade de Direito de Lisboa

16:00 - 17:30 | 4º painel

Discricionariedade administrativa e responsabilização de agentes públicos

- **Luísa Cristina Pinto e Netto**
Professora da Universidade de Leiden (Holanda)
- **Luís Manuel Fonseca Pires**
Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
- **Ana Fernanda Neves**
Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Moderador: Eurico Bitencourt Neto

Professor da Universidade Federal de Minas Gerais

18:00 | **Encerramento**

Índice

- 7** Os desafios dos acordos de leniência na Era da Complexidade administrativa
Egon Bockmann Moreira e Juliana Bonacorsi de Palma
- 61** Discricionariedade administrativa, margem de livre decisão e o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
Eurico Bitencourt Neto
- 86** Panorama da discricionariedade administrativa em Portugal – breves notas
Mariana Melo Egídio
- 117** O licenciamento ambiental e a discricionariedade administrativa na jurisprudência
Romeu Thomé
- 132** Direito administrativo: entre justificação e operacionalização
Gustavo Binenbojm
- 144** Discricionariedade administrativa na jurisprudência nacional – breves notas
Carlos Carvalho



- 172** Discricionariedade administrativa e controle pelos Tribunais de Contas: análise de acórdãos do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE-MG), em matéria de concessão de serviço público (2010 a 2020)
Maria Tereza Fonseca Dias
- 248** Discricionariedade administrativa e controlo pelo Tribunal de Contas
Sofia David
- 296** Separação de poderes e direitos fundamentais: algumas reflexões a partir de exemplos emblemáticos vindos dos Países Baixos
Luísa Cristina Pinto e Netto
- 358** A discricionariedade administrativa e a responsabilização de agentes públicos. Ameaças dos estados de exceção à democracia.
Luis Manuel Fonseca Pires
- 383** Discricionariedade administrativa e responsabilidade de agentes públicos
Ana F. Neves



A separação de poderes e direitos fundamentais: algumas reflexões a partir de exemplos emblemáticos vindos dos Países Baixos

LUÍSA CRISTINA PINTO E NETTO¹

Resumo

O artigo traça um breve cenário constitucional-institucional da Holanda para analisar dois casos emblemáticos: o caso *Urgenda* e o escândalo do auxílio-creche. Esses casos trazem à tona atuações distintas do juiz no oferecimento de proteção jurídica aos direitos fundamentais dos indivíduos. A análise destes casos no modelo holandês, em que não há controle judicial de constitucionalidade, é esclarecedora sobre os novos desafios enfrentados pelos Poderes estatais — as alterações climáticas e o advento

¹ Professora assistente do Departamento de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade de Leiden, na Holanda; Membro do ICON-S Committee of Engagement and Community; Doutora em ciências jurídico-políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Mestre em direito administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

da era digital — e a necessidade de rever a teoria da separação de poderes visando a promover efetiva proteção jurídica dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Separação de poderes – controle de constitucionalidade – responsividade – escândalo do auxílio creche – caso *Urgenda* – direitos fundamentais

Abstract

The article outlines a brief constitutional-institutional scenario of the Netherlands as background to analyze two paradigmatic cases, the Urgenda case and the childcare allowance scandal. These two cases bring to light different behaviours of the judge in offering legal protection to fundamental rights. The analysis of these cases in the Dutch model, in which there is no judicial constitutional review, is enlightening about the new challenges faced by the State -climate change and the advent of the digital era- and the need to rethink the theory of separation of powers aiming to offering effective legal protection to fundamental rights.

Key words: Separation of powers – constitutional review – accountability – child allowance scandal – Urgenda case – fundamental rights

Índice: 1. Notas introdutórias. 2. Breve exposição do modelo institucional-constitucional holandês. 3. O escândalo do auxílio-creche. 4. O caso *Urgenda* 5. Algumas questões para reflexão a partir do modelo holandês 6. Breves notas finais



1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

O presente artigo pretende apresentar uma organização das ideias expostas para debate e reflexão no IV Colóquio Luso Brasileiro de Direito Público, realizado em Lisboa em abril de 2023.

O objetivo é descrever aspectos fundamentais do modelo constitucional-institucional holandês para, com este pano de fundo, analisar dois casos emblemáticos ocorridos recentemente nos Países Baixos: o caso *Urgenda*, julgado pelo Supremo Tribunal, e o escândalo do auxílio-creche, que levou a vários julgados da Justiça Administrativa. A análise destes casos permite questionar a interação entre a separação de poderes e a proteção jurídica dos indivíduos perante e por meio do Estado, buscando reavaliar dogmas do Direito Público. Tal reavaliação nos parece urgente, ainda mais diante dos desafios impostos pela mudança climática e pela digitalização e uso de inteligência artificial em funções estatais. Não serão apresentadas teorizações concludentes para estas perguntas nesta oportunidade.

O cerne da questão centra-se no papel dos direitos fundamentais e na adequação do *design* institucional para oferecer-lhes proteção. O ponto de partida direciona-se para a busca de uma global responsividade estatal em relação indivíduos e para a construção permanente de relações recíprocas de confiança.² Para os indivíduos, não satisfaz que um Poder estatal afirme que a violação a direitos provém da atuação

2 Quando se menciona aqui a ideia de uma responsividade global não se pretende fazer do Estado um segurador universal, por isto não se fala em responsabilidade, para afastar um equivocado entendimento de que o Estado tem que indenizar quaisquer situações desfavoráveis que ocorram com seus cidadãos. Por isso também se usa o termo responsividade, mais próximo à ideia de *accountability*, e não responsabilidade em um sentido jurídico mais estrito. Essas ideias se desenvolvem no texto, mas certamente, reclamam aprofundamento e continuidade no trabalho de pesquisa e escrita que ultrapassam as fronteiras do presente artigo.

de outro Poder e que assim se mitigue a responsabilidade estatal; as divisões internas das competências estatais devem ser arquitetadas para concretizar os valores constitucionais, com destaque para os direitos fundamentais e a democracia. Os equilíbrios necessários para que tais divisões sejam efetivas e sirvam aos direitos e à democracia, já balançados pela desigualdade social e econômica e pela crescente onda populista, enfrentam renovados desafios na era da vertiginosa viragem digital e das mudanças climáticas, reclamando a incorporação de empatia³ e de políticas de longo prazo⁴ nos quadros do Estado Democrático de Direito.

2. BREVE EXPOSIÇÃO DO MODELO INSTITUCIONAL-CONSTITUCIONAL HOLANDÊS

Não se pode dizer que os Países Baixos, na cena internacional também comumente denominados Holanda, sejam propriamente desconhecidos na Europa ou mundo afora. Símbolos nacionais como a tulipa, os diques e moinhos, as bicicletas e o tamancos, para ficarmos com figuras pouco polêmicas, assim como o casario e os canais de Amsterdam, são facilmente reconhecidos e identificados com esse pequeno reino cuja

3 Parte-se da proposta de Sofia RANCHORDAS, *Empathy in the Digital Administrative State* (October 20, 2021). *Duke Law Journal*, Forthcoming, University of Groningen Faculty of Law Research Paper No. 13/2021, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3946487> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3946487>.

4 Parte-se da proposta de Katalin SÜLYÖK. *A rule of law revolution in future generations' litigation – intergenerational equity and the rule of law; in the Anthropocene in Hungary Working Papers*, Forum Transregionale Studien 14/2023 DOI: <https://doi.org/10.25360/01-2023-00005>.



primeira constituição data de 1814/1815.⁵ Por outro lado, pouco parece ser conhecido acima do nível do mar, ou melhor, para além das fronteiras holandesas, acerca do arranjo institucional-constitucional que molda e marca o Direito Público nesta quadra geográfica.⁶

Parece haver diversas razões para esse desconhecimento. Sem pretensão de adentrar um estudo empírico ou sociológico, ousou elencar algumas destas razões a partir da minha atividade acadêmica na Holanda e das minhas percepções atuais. O Direito Público positivo, nomeadamente o Direito Constitucional e Administrativo, conta com instrumentos normativos escritos na língua nacional e é, por excelência, voltado para os nacionais do país e para os que atuam profissionalmente com estas normas, advogados, juízes, administradores públicos, políticos, parlamentares. Sendo assim, os relatórios, os livros, os artigos e todo o ensino dogmático nesta área se desenvolve primordialmente em holandês, tornando mais restrito o seu acesso. A língua holandesa não é uma língua fácil⁷, ao mesmo tempo em que não parece haver motivos para que estrangeiros sem relação com o

5 Wim VOERMANS, *Het verhaal van de grondwet*: zoeken naar wij. Amsterdam: Prometheus, 2019, p. 170 ss.

6 Para uma primeira aproximação em inglês, a partir de uma lente comparativista, veja-se Aalt Willem HERINGA, *Constitutions compared*. The Hague: Eleven, 2021. Para uma visão do estudo e ensino dogmático do Direito Constitucional, vejam-se, entre outros, C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021. M.C. BURKENS, H.R.B.M. KUMMELING, B.P.VERMEULEN, R.J.G.M. WIDDERSHOVEN, *Beginselen van de democratische rechtsstaat*: inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht. Deventer: Wolters Kluwer, 2019; N.S.EFTHYMIU, M.M. JULICHER, R. DE LANGE, S.C.LOEFFEN, S.A.J. MUNNEKE, *Beginselen van het Nederlandse staatsrecht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2020. Para uma visão mais aprofundada e interdisciplinar, consultem-se Wim VOERMANS, *Het verhaal van de grondwet*: zoeken naar wij. Amsterdam: Prometheus, 2019; Wim VOERMANS, *Onze constitutie*: de geschreven en ongeschreven regels van het Nederlandse staatsbestel. Amsterdam: Prometheus, 2023.

7 O aprendizado do holandês não parece propriamente fácil para aqueles que têm línguas maternas latinas; ou seja, no quadrante cultural onde nossa publicação se insere. O mesmo não se pode dizer de falantes de outras línguas europeias, como o alemão ou o dinamarquês, por exemplo.

país aprendam-na, principalmente porque a maioria dos holandeses dominam outras línguas, com destaque para o inglês. No âmbito da Europa, a economia e a política holandesa não figuram entre as que mais atraem preocupação; se fosse o contrário, poderia haver razões quer para aprender o idioma, quer para buscar conhecer o Direito positivo do país.

Junte-se a isto que os holandeses são tradicionalmente apoiantes da integração europeia (ainda que tenham rejeitado a adoção de uma Constituição europeia em 2005) e sustentam uma aparente cultura de abertura e internacionalização, características de uma sociedade em que os serviços, as atividades comerciais, financeiras e de seguros têm papel de destaque. Esses aspectos se plasmam no Direito positivo pela assunção de uma concepção monista moderada em relação às normas internacionais⁸ e pelo papel proeminente em sediar tribunais internacionais⁹ e alavancar o desenvolvimento do Direito Internacional.¹⁰ O extensivo uso de instrumentos justinternacionais, nomeadamente em inglês, também contribui para um certo obscurecimento de instrumentos justnacionais.

Por óbvio, estas razões encontram, por sua vez, explicações históricas, geográficas e econômicas e assim poder-se-ia perquirir sobre toda a formação e as características da sociedade e do Estado holandês. Por ora,

8 Por força dos arts. 93 e 94 da Constituição holandesa. *Vide*, a respeito, Wim VOERMANS, *Onze constitutie: de geschreven en ongeschreven regels van het Nederlandse staatsbestel*. Amsterdam: Prometheus, 2023, p. 606 ss.

9 Encontram-se sediados em Haia o Tribunal Internacional de Justiça e o Tribunal Penal Internacional.

10 Para os internacionalistas, a figura de Hugo Grócio é bastante relevante. Além disso, Haia serviu de sede para as primeiras Conferências da Paz, relevantes para o desenvolvimento da diplomacia e relações internacionais. Passou, a partir da primeira Conferência, a servir de casa para a Corte Permanente de Arbitragem. Hoje, para além deste órgão e dos tribunais mencionados, funciona em Haia a Academia de Direito Internacional.



basta-nos mencionar alguns porquês de um relativo desconhecimento sobre o cenário institucional-constitucional holandês, já que esses mesmos porquês podem nos ajudar a entender o funcionamento desta peculiar máquina institucional-constitucional e desde já nos alertam para as dificuldades de compreensão de modelos estrangeiros, tão conhecidas na prática do Direito Comparado.¹¹

Pois bem, o modelo institucional-constitucional holandês nos proporciona surpresas curiosas que não devem ser interpretadas segundo o susto inicial, exigem um pouco de aprofundamento, uma leitura das entrelinhas e a busca de uma compreensão sistêmica e contextualizada. Vamos a isto.

Em linhas muito gerais, que merecerão adiante o aprofundamento de alguns aspectos relevantes para o presente artigo, trata-se de uma monarquia constitucional com um sistema parlamentar de governo.¹² O

11 Para uma aproximação às dificuldades do método comparado, vide Vicki C. JACKSON, Methodological Challenges in Comparative Constitutional Law (December 1, 2010). *Penn State International Law Review*, Vol. 28, p. 319, 2010, Georgetown Public Law Research Paper No. 11-11, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1739756>; Stephen GARDBAUM, How Do and Should We Compare Constitutional Law? (2016). *Comparing Comparative Law*, Samantha Besson, Lukas Heckendorn & Samuel Jube eds. (Swiss Institute of Comparative Law, 2016), UCLA School of Law, Public Law Research Paper No. 16-15, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2758885>; Ran HIRSCHL, Comparative Matters: Response to Interlocutors (October 10, 2016). *Boston University Law Review*, Vol. 96, No. 4 (2016), pp. 1393-1424, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2851092>; Armin VON BOGDANDY, Comparative Constitutional Law as a Social Science? A Hegelian Reaction to Ran Hirschl's, *Comparative Matters* (April 11, 2016). *Der Staat*, 55 (2016), 103–115, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2016-09, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2773738>

12 Aalt Willem HERINGA, *Constitutions compared*. The Hague: Eleven, 2021, p. 92; C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 85 ss.

Estado é unitário descentralizado, organizado primeiramente pelo Estatuto do Reino¹³, seguido da Constituição¹⁴. Na porção europeia continental, há 12 províncias, cujas competências, bem como as das municipalidades, têm raiz constitucional, mas se definem essencialmente por meio de leis nacionais.¹⁵ Como entidades de Direito Público de raiz constitucional encontram-se ainda as autarquias incumbidas de “gerir a água” (*waterschappen*, algo como autoridades regionais da água).¹⁶

O Parlamento é bicameral, formado por duas casas, a Primeira e a Segunda Câmara (*Eerste en Tweede Kamer*). Os representantes para a Segunda Câmara são eleitos diretamente para um mandato de 4 anos, por meio de um sistema proporcional sem “limiar eleitoral” (*kiesdrempel*),¹⁷ o que explica a sua composição por múltiplos partidos e a necessidade

13 Sobre o Estatuto, vide Aalt Willem HERINGA, *Constitutions compared*. The Hague: Eleven, 2021, p. 94 ss; C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 108 ss.

14 Consultem-se, a respeito, os arts. 41 e seguintes do Estatuto. É mais correto dizer que os Países Baixos como país situado na Europa é um Estado unitário descentralizado, do qual também fazem parte, como entidades descentralizadas, Bonaire, Saint Eustatius e Saba (geograficamente situadas no Caribe). Para a totalidade do Reino seria talvez mais fidedigno dizer que se aproxima de uma construção quase-federal conglobando os Países Baixos (país na Europa), Aruba, Curaçao e Saint Martin (3 países no Caribe). Essa explicação é necessária, visto que o Estatuto do Reino vale para todas essas entidades e países. Já a Constituição holandesa vige nos Países Baixos, Bonaire, Saint Eustatius e Saba. (Aalt Willem HERINGA, *Constitutions compared*. The Hague: Eleven, 2021, p. 89.) Sobre a descentralização e os entes descentralizados, vide Aalt Willem HERINGA, *Constitutions compared*. The Hague: Eleven, 2021, p. 130 ss.

15 Arts. 124 e 123 da Constituição holandesa. Vide Wim VOERMANS, *Onze constitutie: de geschreven en ongeschreven regels van het Nederlandse staatsbestel*. Amsterdam: Prometheus, 2023, p. 685 ss.

16 Art. 133 da Constituição holandesa. Vide C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 659 ss.

17 Sobre o sistema eleitoral, vide C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 249 ss.



de coalisões para a formação do Gabinete (*Kabinet*).¹⁸ Os representantes para a Primeira Câmara são eleitos para um mandato de 4 anos pelos membros dos “Parlamentos” das províncias.¹⁹

O rei é chefe de Estado²⁰ e o primeiro-ministro é o chefe do Gabinete, sendo escolhido segundo o resultado das eleições para a Segunda Câmara. O Governo (*Regering*) é composto pelo chefe de Estado (rei) e pelos ministros, os ministros por sua vez compõem o Conselho de Ministros (*Ministerraad*). Todos os ministros, com ministério e sem pasta, juntamente com os secretários de Estado, formam o chamado Gabinete (*Kabinet*), liderado pelo primeiro-ministro²¹ (*primus inter pares*).²² O chefe de Estado conta com competências formalmente reconhecidas na Constituição, por fazer parte do Governo; tais competências foram sendo transferidas, na prática, para o Gabinete.²³ Assim, hoje, por vezes onde a Constituição prevê Governo, lê-se Gabinete. O Governo tem competências executivas, mas participa também do processo legislativo. O chefe de Estado não possui responsabilidade política, repousando esta nos ministros (*Ministeriële verantwoordelijkheid*).²⁴ Como referido, neste siste-

18 Sobre a formação do Gabinete, vide C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 173 ss.

19 Aalt Willem HERINGA, *Constitutions compared*. The Hague: Eleven, 2021, p. 218 ss.

20 C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 161.

21 C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 234.

22 Sobre o Governo e os ministros, vide C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 170 ss.

23 C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 169.

24 Art. 42 da Constituição holandesa. Vide C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 351 ss.

ma parlamentar, o Gabinete se forma, em geral, por coalisão entre os partidos com maior representação na Segunda Câmara e, para se manter governando o país, precisa contar com a confiança da maioria desta Câmara. Esta relação entre Gabinete e Parlamento, regida pela regra não escrita da confiança (*vertrouwensregel*), é marcante na estruturação da separação de poderes no cenário holandês.²⁵

No que tange à atividade jurisdicional, ao lado do Poder Judiciário, encontra-se organizada uma Justiça Administrativa (ou um sistema de juízes administrativos – *bestuursrechters*) cujo órgão de cúpula é o Conselho de Estado (*Raad van State*), ou melhor, uma secção do Conselho de Estado incumbida de função jurisdicional (*Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*).²⁶

Em termos de Direito positivo, abaixo do Estatuto do Reino encontra-se a Constituição holandesa no topo da hierarquia normativa. Trata-se de um documento escrito, elaborado inicialmente em 1814/1815 e que vem sendo considerado até hoje a mesma Constituição.²⁷ Houve, no entanto, em determinados momentos históricos, severas mudanças nesta Constituição.²⁸ O fato de não terem resultado de movimentos de total ruptura institucional tem levado a cristalizar a afirmação de que se trata da mesma

25 Aalt Willem HERINGA, *Constitutions compared*. The Hague: Eleven, 2021, p. 287 ss; C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 338 ss.

26 Aalt Willem HERINGA, *Constitutions compared*. The Hague: Eleven, 2021, p. 346 ss C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 323 ss.

27 Wim VOERMANS, *Het verhaal van de grondwet: zoeken naar wij*. Amsterdam: Prometheus, 2019, p. 170 ss.

28 Sobre a alteração de 1983 é importante salientar que inaugurou na Constituição um capítulo inicial devotado aos direitos fundamentais. Vide Aalt Willem HERINGA, *Constitutions compared*. The Hague: Eleven, 2021, p. 365-366; C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 418.



ordem constitucional que se altera, configurando uma ordem constitucional evolutiva, em contraste com ordens providas de movimentos revolucionários ou de ruptura. As mais profundas alterações constitucionais formais datam de 1848, 1917, 1946-1956, 1983, e tangenciaram, respectivamente, a introdução do sistema parlamentar de governo, a “pacificação” (em relação às contendas sobre o direito de voto e o ensino – muito ligadas às questões religiosas), as consequências da descolonização e da internacionalização, uma revisão geral com a extensão do rol de direitos fundamentais.²⁹ A Constituição pode ser tida como rígida, visto que seu processo de alteração exige dupla votação com maioria qualificada, mediada por eleições gerais para a Segunda Câmara.³⁰

Quanto à ordem internacional, vigora a concepção monista moderada acima referida, segundo a qual concebe-se como uma a ordem jurídica internacional e doméstica. Desse modo, as normas de Direito Internacional são como tais vigentes na ordem doméstica, sem a necessidade de transposição para instrumentos normativos domésticos. Além disso, normas internacionais, como será adiante explicitado, servem como parâmetro para a juridicidade de normas legais e infra-legais; trata-se do chamado controle de convencionalidade. Curiosamente, apesar de a

29 Wim VOERMANS, *Onze constitutie: de geschreven en ongeschreven regels van het Nederlandse staatsbestel*. Amsterdam: Prometheus, 2023, p. 63 e ss.

30 Art. 137 da Constituição holandesa. Vide C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 90 ss. Para uma aproximação aos processos de alteração constitucional, formais e informais, na Holanda, vide Reijer PASSCHIER, *Formal and Informal Constitutional Change in the Netherlands*. In: Franco Ferrari G., Passchier R. & Voermans W.J.M. (red.), *The Dutch Constitution beyond 200 Years: Tradition and Innovation in a Multilevel Legal Order*. The Hague: Eleven Publishers, 2018, pp. 153-168; Reijer PASSCHIER, *Informal constitutional change: constitutional change without formal constitutional amendment in comparative perspective* (Dissertatie. Institute of Public Law, Faculty of Law, Leiden University), 2017, The Meijers Research Institute and Graduate School of the Leiden Law School of Leiden University nr. 292. Promotor(en): Voermans W.J.M.

Constituição situar-se no topo da hierarquia normativa doméstica, abaixo do Estatuto do Reino, não se tem um sistema de controle judicial da constitucionalidade das leis formais, apenas de atos normativos infralegais. Para as leis em sentido formal, o que há é um controle de compatibilidade com a Constituição feito preventivamente por uma secção do Conselho de Estado em uma etapa do processo legislativo. Quanto ao Direito Europeu, seguem-se as normas próprias de incorporação e validade determinadas nos tratados fundantes da União Europeia.³¹

No que diz respeito à relação entre Administração e Parlamento vige o princípio da legalidade no sentido de se ter a lei em sentido formal como instrumento necessário para determinar penalidades e intervenções significativas na esfera juridicamente protegida dos indivíduos.³² Esta arquitetura não impede a existência de normas infralegais advindas de órgãos executivos (por exemplo: *Algemene maatregelen van bestuur; ministeriële regelingen*³³). Também há lugar, nesta arquitetura, para normas provenientes dos órgãos provinciais e municipais (*Plaatselijke verordeningen*).³⁴ As normas básicas para o agir administrativo geral encontram-se consolidadas em uma lei geral (*Awb – Algemene wet bestuursrecht*) que trata das decisões gerais, dos atos administrativos, dos procedimentos gerais, assim como estabelece alguns princípios de boa administração (*algemene beginselen van behoorlijk bestuur*).

31 C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 123 ss.

32 Arts. 81 e 89 da Constituição holandesa. Vide, para uma primeira aproximação à compreensão da legalidade/juridicidade na Holanda, C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 363 ss.

33 Wim VOERMANS, *Onze constitutie: de geschreven en ongeschreven regels van het Nederlandse staatsbestel*. Amsterdam: Prometheus, 2023, p. 584 ss.

34 C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 632.



Esta é uma muito breve e esquemática apresentação do modelo institucional-constitucional holandês. Para o objetivo deste artigo, importa explorar com um pouco mais de detalhe a Justiça Administrativa e a ausência de controle jurídico de constitucionalidade.

Na Holanda, há marcas no Direito Público que cunham uma reação adversa à Revolução Francesa – como o fortalecimento da monarquia e seu regramento constitucional³⁵ – e outras que justamente plasmam uma influência do Direito francês pós-Revolução. Nesse sentido, situa-se, com suas idiossincrasias por certo, a estruturação do procedimento e processo administrativos e da Justiça Administrativa.³⁶ Pode-se dizer que as grandes linhas observadas no Direito Público continental em geral são também vivenciadas no cenário holandês, qual sejam, em um primeiro momento da monarquia parlamentar a atuação estatal ainda se via circunscrita, para além da legislação, a atividades de poder de polícia e manutenção da ordem. Foi com o advento do sufrágio universal (homens em 1917, mulheres em 1919) que a atuação estatal se expandiu para novos terrenos, o que ganhou impulso com a crise da década de 30 e fortemente após a Segunda Guerra Mundial. A expansão da atuação estatal foi trazendo à tona a necessidade de criar mecanismos de proteção do indivíduo e da sociedade em relação a esta atuação, bem como de poder contrastá-la junto a autoridades com competências jurisdicionais.

35 Tais marcas, como explicitado anteriormente, hoje se encontram mitigadas; tem-se uma monarquia constitucional na qual os poderes do monarca são bastante limitados.

36 Tom BARKHUYSEN, Willemien OUDEN, Ymre E. SCHUURMANS, *The Law on Administrative Procedures in the Netherlands*, *NALL* 2012, abril-juni, DOI: 10.5553/NALL.000005.

Como observam Barkhuysen, Ouden e Schuurmans, não há uma longa história de contraste judicial da atividade administrativa na Holanda. A proteção que primeiramente se forjou se desenvolvia na própria seara administrativa e levou à estruturação de um sistema bastante fragmentado, visto que diversas atuações administrativas eram tradicionalmente regradas por legislações específicas e desafiavam, assim, procedimentos também específicos. Com o espraiamento da atuação administrativa, mormente após a Segunda Guerra Mundial, um novo cenário começou a se delinear, clamando por alguma sistematização.³⁷

Em 1963 foi editada a Lei de recurso contra decisões administrativas (*Wet beroep administratieve beschikkingen*), voltada a possibilitar o contraste de decisões administrativas do governo central por meio de apelo à Coroa, quando não houvesse outro meio de proteção jurídica disponível. Posteriormente, em 1976, também por meio da legislação (*Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen*) inovou-se no cenário do Direito Público holandês, possibilitando-se o recurso a uma nova Secção Judicial do Conselho de Estado, contra decisões administrativas para as quais não houvesse outro meio de proteção jurídica. Deu-se aqui um passo importante na construção do contencioso administrativo, prevendo-se o recurso a um órgão com competência jurisdicional. Já em 1983, ano em que houve uma sensível alteração na Constituição, previu-se em seu art. 107 que deveria haver legislação para estabelecer as regras gerais de Direito Administrativo.³⁸

37 Tom BARKHUYSEN, Willemien OUDEN, Ymre E. SCHUURMANS, The Law on Administrative Procedures in the Netherlands, *NALL* 2012, abril-juni, DOI: 10.5553/NALL/000005.

38 Tom BARKHUYSEN, Willemien OUDEN, Ymre E. SCHUURMANS, The Law on Administrative Procedures in the Netherlands, *NALL* 2012, abril-juni, DOI: 10.5553/NALL/000005.



A atualmente em vigor Lei Geral de Direito Administrativo (*Awb - Algemene wet bestuursrecht*)³⁹ traz definições como, por exemplo, o que se entende por órgão administrativo (*bestuursorgaan*), decisão administrativa (*beslissing*; e suas várias espécies, como mais especificamente “ato administrativo” – *beschikking*), interessado (*belanghebbend*), definições estas essenciais para o funcionamento da Administração na prática, bem como fundamentais para definir a Justiça competente e a admissibilidade do acesso aos meios judiciais. Esta mesma lei também regula o procedimento administrativo em geral, ou seja, o procedimento para a tomada de decisões administrativas (ou produção de atos administrativos), estipulando os princípios aplicáveis, a forma e duração dos procedimentos, vias de revogação e convalidação. Igualmente é esta lei que prevê a regra geral de se contrastar a atuação administrativa primeiramente na via administrativa para, só então, não havendo sucesso, recorrer-se a um juiz ou tribunal (*bezwaar tegen beschikking; beroep*). A atuação perante juízes ou tribunais para contrastar a atividade administrativa é regrada especificamente e estudada, assim como em Portugal, sob a denominação de contencioso administrativo ou direito processual administrativo (*bestuursprocesrecht*).

Diversos autores destacam a importância dada na Holanda à fase de preparação das decisões administrativas, ou seja, ao procedimento administrativo com suas regras e princípios, nomeadamente os princípios da boa administração (*algemene beginselen van behoorlijk bestuur*) e sua observância na preparação das decisões. Estes aspectos são também muito valorizados no processo em que tais decisões são controladas, ou seja, o controle jurisdicional centra-se destacadamente nestes aspectos, em uma

³⁹ Para uma visão geral bastante detalhada desta lei, vide ToM BARKHUYSEN, VAN DEN BRINK, DRAHMANN, OUDEN, SCHUURMAS, TJEKEMA, *Bestuursrecht in het Awb-tijdperk*. Deventer: Wolters Kluwer, 2022.

análise da sua juridicidade. Ademais disso, a doutrina registra uma certa deferência do juiz administrativo em relação à Administração Pública no que tange ao teor das decisões; verifica-se uma atitude de cautela, para não adentrar espaços de discricionariedade administrativa, levada a cabo sob o conceito de “controle de razoabilidade da decisão administrativa”.⁴⁰

A divisão de competências entre os órgãos do Poder Judiciário em sentido estrito e órgãos da chamada Justiça Administrativa revela-se ainda bastante complexa, mesmo que haja normas jurídico-positivas disciplinando tal divisão e mesmo havendo jurisprudência sobre a matéria.⁴¹ A organização judicial pode ser explicada a partir de um sistema existente com tribunais locais e distritais e tribunais de apelo ou superiores. No topo da jurisdição desenvolvida pelo Poder Judiciário (competente para matéria civil, criminal e tributária), encontra-o o Supremo Tribunal, ou Conselho Superior em tradução literal de *Hoge Raad*. Os tribunais distritais têm competência para matérias administrativas, mas em grau de recurso há 3 tribunais superiores com competência determinada em razão da matéria e que fazem parte da Justiça Administrativa; o “Conselho central para recursos em matéria de servidores públicos e segurança social” (*Centrale Raad van Beroep*), o “Conselho para direito econômico” (*College van Beroep voor het bedrijfsleven*) e a “Secção Jurisdicional do Conselho de Estado” (*Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*); coroados pelo *Hoge Raad*.⁴²

40 Tom BARKHUYSEN, Willemien OUDEN, Ymre E. SCHUURMANS, The Law on Administrative Procedures in the Netherlands, *NALL* 2012, abril-juni, DOI: 10.5553/NALL/000005.

41 Art. 112 da constituição holandesa. Consulte-se a jurisprudência: *Guldmond/Noordwijkerhout-arrest* (ECLI:NL:HR:1915:AG1773); *Plassenschap Loosdrecht-arrest* (ECLI:NL:PHR:1977:AC6111). Vide, a respeito, C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 398 ss.

42 Aalt Willem HERINGA, *Constitutions compared*. The Hague: Eleven, 2021, p. 346 ss.



Ainda neste breve quadro institucional-constitucional é importante esclarecer que o “juiz civil” (órgãos do Poder Judiciário) funciona como juiz residual⁴³ em relação ao “juiz administrativo” (órgãos do Poder Judiciário que cuidam de matéria administrativo-constitucional e órgãos da Justiça Administrativa). O contencioso administrativo seja perante órgãos do Poder Judiciário que cuidam de matéria administrativo-constitucional, seja perante a Justiça Administrativa, não se presta a qualquer contestação de decisões de cunho abstrato e genérico⁴⁴, tendo estas, se presentes as condições de admissibilidade, que ser levadas ao juiz civil. Essa explicação é relevante na medida em que se pode ter por vezes, sobre uma mesma matéria, uma decisão da Administração ao nível individual (comparável ao que chamamos de ato administrativo, seria uma *beschikking*), que deverá ser contrastada eventualmente junto ao juiz administrativo, e uma medida abstrata, que somente poderá ser contrastada junto ao juiz civil.

Na atividade jurisdicional, aos juízes, seja do Poder Judiciário, sejam os chamados juízes administrativos, está vedada a verificação da constitucionalidade das leis em sentido formal, bem como estão impedidos de controlar a juridicidade de leis em sentido formal em contraste com princípios implícitos da ordem constitucional, nem podem impor dever de legislar ao Parlamento.⁴⁵ Por um lado, não existe a mesma vedação no que tange a atos normativos infralegais, que podem ter sua conformidade com a Constituição verificada pelos juízes e tribunais, seguindo

43 Veja-se a jurisprudência Changoe-arrest (ECLI:NL:HR:1992:ZC0527).

44 Ymre SCHUURMANS, Toeslagenaffaire: outlier of symptoom van het systeem?, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2021(6): 205-207.

45 C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 408 ss.

as regras de competência aplicáveis. As vedações explicitadas denotam uma interpretação do princípio da separação de poderes que coloca o Parlamento em posição de primazia no que tange à legislação, seja sua criação, seja a análise de sua constitucionalidade. Essa interpretação permeia a colocação em prática do Direito Constitucional holandês e se faz sentir claramente na atividade jurisdicional; igualmente permeia os quadros mentais teóricos e dogmáticos do constitucionalismo batavo, sendo sensível na ausência de maior teorização sobre temas como os dilemas do controle de constitucionalidade, sobre a interpretação constitucional e sobre o papel estruturante dos direitos fundamentais.⁴⁶

Por outro lado, é importante explicitar que a adoção da concepção monista moderada em relação ao Direito Internacional, plasmada por meio da interpretação dos arts. 93 e 94 da Constituição holandesa, como mencionado acima, leva a que as normas de Direito Internacional que possam ser tidas como obrigatórias *erga omnes*, normas auto-exequíveis, sejam válidas na ordem interna como normas internacionais diretamente justiciáveis perante os juízes e tribunais. Essa circunstância soma-se à proibição de controle de constitucionalidade pelos juízes e tribunais e leva a que as normas internacionais, mormente os tratados em matéria de direitos humanos, funcionem como parâmetro de verificação da juridicidade das leis em sentido formal. Entende-se, assim, por que os julgados mais relevantes em matéria de direitos humanos e muitas vezes em matéria de Direito Público têm como base a Convenção Euro-

46 Essa situação tem vindo a se modificar, com o notável crescimento de publicações sobre estes assuntos, muitas delas produto do trabalho acadêmico de autores citados neste artigo.



peia de Direitos Humanos⁴⁷ e não a Constituição holandesa.⁴⁸ Talvez essa circunstância explique também o fato de a proibição de controle judicial de constitucionalidade se manter até hoje.⁴⁹

Considerando que o controle judicial da constitucionalidade se liga essencialmente à limitação da atividade do legislador democrático de modo a submetê-la aos parâmetros criados pelos direitos fundamentais, é importante ressaltar o que vemos como uma idiosincrasia da ordem constitucional holandesa. Os tribunais pátrios não podem controlar a constitucionalidade das leis advindas do Parlamento, mas podem verificar a sua convencionalidade, ou seja, a sua compatibilidade com as normas de Direito Internacional, tal como previsto no arts. 93 e 94 da Constituição.⁵⁰ Esse parâmetro material superior, encontrado no conjunto dos direitos fundamentais, no caso holandês se vai buscar não na Constituição – apesar de esta contar, a partir da reforma de 1983, com um rol significativo de direitos fundamentais – mas nas normas internacionais, com destaque para a Convenção Europeia de Direitos Humanos. O catálogo de direitos fundamentais da Constituição existe e forma inclusive o capítulo inaugural desta, mas não figura no centro nas grandes discussões do Direito Público nacional pelas circunstâncias acima explicitadas. Essa é uma característica muito relevante para a compreensão do modelo holandês e para a sua aproximação crítica a partir dos dois exemplos que serão discutidos nas secções abaixo.

47 Aalt Willem HERINGA, *Constitutions compared*. The Hague: Eleven, 2021, p. 349.

48 A.E.M. LEIJTEN, H.E. VAN TERWISGA. Naar een stabielere positie van de Nederlandse rechter in een veranderd grondrechtenlandschap, *TvCR*, 2021, afl. 3, p. 166

49 C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 413.

50 Há que pontuar que nem todos os tratados exigem a ratificação pelo Parlamento, o que convoca desde já um questionamento em relação ao papel do legislador (Aalt Willem HERINGA, *Constitutions compared*. The Hague: Eleven, 2021, p. 356-366).

3. O ESCÂNDALO DO AUXÍLIO-CRECHE

O escândalo do auxílio-creche na Holanda, conhecido como *toeslagenaffaire* refere-se a uma sucessão de condutas estatais que levaram a seríssimas consequências para milhares de famílias e acabaram por desembocar na queda de um gabinete (Gabinete Rutte III, em 15 de janeiro de 2021)⁵¹, após a conclusão e divulgação do relatório da Comissão Parlamentar sobre este auxílio (*Parlementaire Ondervragingscommissie Kindertoeslagopvang (POK)*).

Como parte do sistema de seguridade e assistência social, previu-se na Holanda um auxílio (*toeslag*) para ajudar a custear a creche para crianças (previsto pela *Wet kinderopvang* de 2004 e posteriormente também regulamentado pela *Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen* de 2005). Para pais ou cuidadores que preenchessem as condições legais, a Administração deveria pagar um auxílio para o custeio de creches.⁵² Recebido o auxílio, os beneficiários tinham que além de fazer aportes próprios, por assim dizer, prestar contas à Administração. Ocorre que, por vezes, os pais/cuidadores cometiam erros formais relativos às declarações e documentos necessários, ou havia diferenças em pequenas quantias dos pagamentos. Irregularidades como estas foram interpretadas pelos órgãos administrativos executores desta política, ou seja, responsáveis pela implementação do auxílio-creche, de forma a determinar a integral devolução dos valores recebidos a título de auxílio.

51 Consulte-se a *verklaring van minister-president Mark Rutte over het aftreden van het kabinet* (Explicação do primeiro ministro sobre a demissão do Gabinete) em <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2021/01/15/verklaring-van-minister-president-mark-rutte-over-het-aftreden-van-het-kabinet>.

52 No sistema de ensino, cujas escolas são na maioria públicas e gratuitas, as crianças ingressam com 4 anos. Antes desta idade e para as crianças já em idade escolar que precisam de acolhimento para a possibilitar a complementação do horário integral, há locais de acolhimento (*kinderopvang; kinderdagverblijf; buitenschoolsopvang*) que não são gratuitos. O auxílio destina-se ao custeio deste tipo de acolhimento.



Já a partir de 2004, surgiram vozes chamando a atenção para os problemas existentes com o quadro normativo e a implementação deste auxílio, mas apenas em 2017 esses problemas começaram a ser levados a sério e investigados. Estimativamente, 2.200 pais/cuidadores foram tidos como fraudadores do sistema e cerca de 8.000 receberam determinações para a devolução integral das quantias recebidas.⁵³ Não é difícil perceber que os beneficiários de tal política de auxílios já à partida constituíam uma franja pouco favorecida da sociedade, visto que os critérios de elegibilidade se relacionam com a sua fonte de renda. Essa vulnerabilidade econômica, como se sabe, se espalha para outros campos, como o acesso a informação, as habilidades para se relacionar digitalmente com a Administração, as habilidades linguísticas, colocando os beneficiários deste auxílio muitas vezes numa relação bastante desequilibrada face à Administração.

Tais beneficiários, sem condições de custear as creches como meios próprios, se viram, diante deste tipo de atuação da Administração, frequentemente em situação de miséria e desespero, forçados a devolver quantias adiantadas a título do auxílio as quais não dispunham. Milhares de famílias afundaram em dívidas e tiveram sua situação cada vez piorada durante anos, o que marcou de forma determinante e indelével uma geração de pais e crianças. As consequências não foram apenas financeiras, havendo o registro de inúmeras famílias destroçadas por

53 COLLEGE VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS, *Visienota Institutioneel racisme - Naar een mensenrechtelijke aanpak, Adviezen*, 2021 (file:///C:/Users/luisacristinalcp/Downloads/Visienota%20Institutioneel%20racisme%20-%20Naar%20een%20mensenrechtelijke%20aanpak%20(3).); AMNESTY INTERNATIONAL, *Dutch childcare benefit scandal an urgent wake-up call to ban racist algorithms*, 2021. (<https://www.amnesty.org/en/latest/news/2021/10/xenophobic-machines-dutch-child-benefit-scandal/>); AMNESTY INTERNATIONAL, *Xenofobe machines, discriminatie door ongereguleerd gebruik van algoritmen in het Nederlandse toeslagenschandaal* (file:///C:/Users/luisacristinalcp/Downloads/EUR-3546862021DUTCH.pdf).

males psíquicos, desemprego e despejos de suas casas e até mesmo pela retirada dos filhos e perda da guarda.

A política dura de devolução de auxílios “plasmada” na lei e executada pelo Fisco⁵⁴ vinha desde os gabinetes Rutte I e Rutte II. Por causa de fraudes havidas no sistema social – com destaque para o que ficou conhecido como a “fraude dos búlgaros” (*Bulgarenfraude*), buscou-se um marco legal e uma política de “tolerância zero”, tidos como necessários para manter o sistema em bom estado. Sendo assim, na legislação e na execução, a ideia era que qualquer irregularidade, ainda que formal ou mínima, deveria levar à devolução integral das quantias recebidas a título de auxílio (*toeslag*). Legalmente foi criado um sistema em que tais benefícios eram pagos a título condicional, ou seja, como um adiantamento sujeito a controle posterior. Havendo irregularidade, determinava-se a devolução integral das quantias pagas a título de adiantamento.

Tais determinações, constantes das leis pertinentes (*Wet Kinderopvang (Wko)* e *Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir)*), haviam sido “aprovadas” pelo Conselho de Estado, com recomendações⁵⁵; sugeriu-se então a introdução de uma cláusula que permitisse excepcionar essa determinação de devolução integral. Não acatada essa recomendação e em mantendo-se em vigor a lei, por muito tempo, o Conselho de Estado não identificou aqui qualquer problema jurídico. O Fisco, por sua vez, foi determinando em uma multitude de casos a devo-

54 Vamos aqui usar os termos Administração e Fisco como intercambiáveis.

55 Sofia RANCHORDAS, Connected but Still Excluded? Digital Exclusion beyond Internet Access. In Ienca, M.; Pollicino, O.; Liguori, L.; Stefanini, E. & Andorno, R. (Eds), *The Cambridge Handbook of Life Sciences, Informative Technology and Human Rights* (Cambridge University Press, 2021, Forthcoming), University of Groningen Faculty of Law Research Paper No. 40/2020, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3675360> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3675360>.



lução total das quantias pagas, ainda que diante de irregularidades formais ou ínfimas. Desse modo, casos individuais absurdos foram surgindo.

Essa forma de atuação da Administração desnuda profundas mudanças que estão sendo vivenciadas na atividade administrativa, nomeadamente a atuação em massa com o uso de sistemas digitais de decisão e recurso à inteligência artificial⁵⁶ e o acirramento da vulnerabilidade de categorias já marginalizadas, cujo acesso a direitos se torna ainda mais difícil no espaço digital. Esse caso realmente descortina esta situação. Segundo Sofia Ranchordas, pequenos erros levaram a desastrosas consequências, sem que houvesse, durante anos, espaço para os indivíduos serem realmente ouvidos, engajarem em interlocuções significativas com as autoridades públicas. O *toeslagenaffaire* mostra como a empatia é essencial, mormente diante de uma Administração digital.⁵⁷

O primeiro caso em que se verificou contestação veemente da atuação do Fisco ficou conhecido como *CAF 11 Hawaii*.⁵⁸ Muitos outros casos vieram à tona. Os pais que deveriam fazer prova dos gastos pertinentes ao Fisco frequentemente não tiveram os prazos procedimentais respeitados além de terem enfrentado outros graves vícios procedimentais; por exemplo, quando os documentos não eram aceitos, não eram infor-

56 A.C.M. MEUWESE. *Alles wat je altijd al had willen weten over overheidsbesluitvorming*. 2023. Leiden. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3636561>.

57 Seguindo Sofia Ranchordas: “*I define empathy as the ability to acknowledge, respond, and understand the situation of others, including their challenges and concerns*” (Sofia RANCHORDAS, *Empathy in the Digital Administrative State* (October 20, 2021). *Duke Law Journal*, Forthcoming, University of Groningen Faculty of Law Research Paper No. 13/2021, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3946487> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3946487>).

58 Para mais informações, vide: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2021/01/18/acties-voortkomend-uit-caf-11-hawaii-%E2%80%93-plan-van-aanpak-werkinstructies>.

mados do que era necessário ou do que estava irregular. Vários pais e cuidadores, diante da exigência de devolução e sem obter êxito de seus pleitos junto à Administração, recorreram à proteção jurisdicional e bateram às portas do juiz administrativo. Esse, por anos, em geral endossou a interpretação da Administração, que restou intitulada na Holanda como a regra do “tudo-ou-nada”.

É interessante observar que o tribunal distrital de Rotterdam ousou discordar da interpretação da Secção Jurisdicional do Conselho de Estado, asseverando que a interpretação e a aplicação da lei no modelo tudo-ou-nada não derivavam automaticamente da lei e que um teste de proporcionalidade (*evenredigheidstoets*) podia ser aplicado no julgamento dos casos individuais. Este tribunal tornou sem aplicação em seus julgamentos os atos normativos infralegais que regulamentavam a aplicação das normas legais. Tais julgamentos foram anulados (*vernietigd*) pela Secção Jurisdicional do Conselho de Estado.

Outro tribunal distrital que dissentiu do Conselho de Estado em alguns casos foi o de Haia, porém de forma mais discreta, não questionando a linha de interpretação explicitamente, mas valorando o material de prova de forma menos rígida.⁵⁹ Em casos como esse, curiosamente, o Fisco não recorreu, uma vez que não verificou de maneira patente o risco de formação de precedente contrário à sua posição, visto que se tratava de valoração da prova e não propriamente de tese jurídica.

Há relatos segundo os quais as primeiras instâncias da Justiça Administrativa, em casos em que aventaram dar razão aos pais, não o fizeram, considerando que o Conselho de Estado reveria suas decisões já que, por

59 BRINK, JONGKIND. Kinderopvangtoeslag. *Administratiefrechtelijke Beslissingen*, 2021(18), 940-945 (<https://hdl.handle.net/1887/3278350>).



meio de sua secção jurisdicional, a princípio endossou a tese do Fisco. Nesse cenário, muitas vezes as ações nem chegaram ao Conselho de Estado e outras tantas vezes houve desistência da ação.

Como restou indicado, o Conselho de Estado, por sua secção de aconselhamento do Parlamento, não indicou incompatibilidade das normas legais com os parâmetros superiores substanciais de controle. O Conselho, por outro lado, entendeu conveniente que se incluísse na lei do auxílio-creche uma cláusula excepcional (*hardheidsclausule*) – cláusula que permite a adequação da aplicação da lei às circunstâncias do caso concreto, se as circunstâncias levarem a que a aplicação da lei resulte em consequências desproporcionais.⁶⁰ Esta recomendação não foi acatada. Também a “Corte de Contas” (*Algemene Rekenkamer*)⁶¹ havia se manifestado criticamente sobre esta legislação. O Ombudsman⁶², igualmente e já com a legislação em aplicação, chamou a atenção para as inconsistências e injustiças que estavam ocorrendo. As manifestações destes altos órgãos estatais não foram levadas a sério durante anos, apesar de serem uníssonos em suas pontuações sobre a lei e sua aplicação.⁶³

Apenas em 2019, a Secção Jurisdicional do Conselho de Estado modificou seu entendimento e sua jurisprudência, firmando a interpretação de que na aplicação da lei o Fisco tem espaço para determinar devoluções proporcionais. O próprio Conselho de Estado, cúpula da Justiça Ad-

60 Se tal cláusula resolveria este problema, é algo difícil de responder. Vide MEU-WESE. Nooit meer een ‘schending van de rechtsstaat?’: Zeven valkuilen uit de kabinetsreactie op de toeslagenaffaire. Forum. 2021. (<https://hdl.handle.net/1887/3278677>).

61 Sobre essa Corte, vide C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 328.

62 Sobre o ombudsman, vide C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 330.

63 VAN GESTEL, VAN LOCHEM. Drie Hoge Colleges van Staat na de toeslagenaffaire. *Nederlands tijdschrift voor bestuursrecht*, 2021(10), p. 659–668.

ministrativa, que abraçou a interpretação do Fisco e chancelou sua atuação por anos, afirmou que “*pequenas falhas na contabilidade de um pai podiam ter (muito) grandes consequências.*” Um exemplo que espantou a opinião pública quando veio à tona foi o caso de um pai que não teria pago uma quantia de 77 euros para a creche e para o qual o Fisco determinou a obrigação de devolver 27.500 euros.⁶⁴ Mais e mais fatos foram sendo descortinados e foi então instaurada uma Comissão Parlamentar sobre este auxílio, em 2020, que apresentou em dezembro deste ano seu relatório intitulado *Ongekend onrecht* (“Injustiça sem precedentes”).⁶⁵

Não passa despercebida, na leitura do relatório da Comissão Parlamentar, a séria crítica feita à atuação do Conselho de Estado holandês em sua secção jurisdicional, qual seja, a chamada *Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*. A principal crítica dos parlamentares referiu-se ao fato de que a Secção Jurisdicional do Conselho por anos seguiu fielmente a interpretação legal propagada pela Administração (ou Fisco) e a sua consequente prática executiva.⁶⁶ A Comissão entendeu que a Secção Jurisdicional do Conselho de Estado contribuiu para a violação de princípios basilares do Estado de Direito ao endossar a interpretação estrita e draconiana do Fisco e por não ofertar suficiente proteção jurídica aos indivíduos.

64 COLLEGE VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS, *Visienota Institutioneel racisme - Naar een mensenrechtelijke aanpak*, *Adviezen*, 2021 (file:///C:/Users/luisacristinalcp/Downloads/Visienota%20Institutioneel%20racisme%20-%20Naar%20een%20mensenrechtelijke%20aanpak%20(3).); AMNESTY INTERNATIONAL, *Dutch childcare benefit scandal an urgent wake-up call to ban racist algorithms*, 2021. (<https://www.amnesty.org/en/latest/news/2021/10/xenophobic-machines-dutch-child-benefit-scandal/>); AMNESTY INTERNATIONAL, *Xenofobe machines, discriminatie door ongeregeerd gebruik van algoritmen in het Nederlandse toeslagenschandaal* (file:///C:/Users/luisacristinalcp/Downloads/EUR3546862021DUTCH.pdf).

65 O escândalo continua a ocupar o Parlamento, a Administração, a Justiça e a opinião pública, sendo constante objeto de publicações na mídia ou em veículo acadêmicos.

66 TWEEDDE KAMER DER STATEN-GENERAAL, *Verslag Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag. Ongekend onrecht*, 2020, p. 7, www.tweedekamer.nl/sites/default/files/atoms/files/20201217_eindverslag_parlementaire_ondervragingscommissie_kinderopvangtoeslag.pdf.



A Secção Jurisdicional do Conselho de Estado sustentou que a interpretação aplicada pelo Fisco no sentido da devolução total das quantias era imposta pela lei, o que teria justificado sua jurisprudência inicial. Como assinala Lukas van den Berge, uma análise cuidadosa e não formalista demonstra o descabimento de tal sustentação. Havia instrumentos na própria Lei Geral de Direito Administrativo (Awb) para tomar decisões distintas, apelando, por exemplo, para os princípios gerais de boa administração e para previsões explícitas na referida lei, como se lê no art. 3:4 segunda alínea. Em outras palavras, havia instrumentos normativos suficientes para que o juiz afastasse a interpretação tudo-ou-nada aplicada pelo Fisco e usasse suas competências jurisdicionais para decidir os casos levando em consideração suas circunstâncias e o resultado proporcional da aplicação das normas legais.⁶⁷

Além da Comissão Parlamentar acima mencionada, o escândalo do auxílio creche também levou à elaboração de um documento pela chamada Comissão de Veneza, órgão do Conselho da Europa, sobre a proteção jurídica dos cidadãos na Holanda. A elaboração de tal conselho (advies – advice) originou-se no próprio Parlamento holandês; o deputado Pieter Omtzigt apresentou uma moção (*motie*) para solicitar à Comissão que investigasse a proteção jurídica dos cidadãos e as relações entre os poderes na Holanda. Tal moção foi adotada e a “Presidente” (*voorzitter*) da Segunda Câmara encaminhou o pedido à Comissão.

67 O autor analisa a legislação e cita inúmeros julgados em van Lukas VAN DEN BERGE, *Bestuursrecht na de toeslagenaffaire: hoe nu verder? Over het rechtskarakter van het bestuursrecht*. *Ars Aequi*, 2021, 70(11), p. 987-995 (<https://arsaequi-nl.proxy.library.uu.nl/product/bestuursrecht-na-de-toeslagenaffaire-hoe-nu-verder/>). Também contesta a explicação do Conselho de Estado de que a lei impunha como única interpretação o tudo-ou-nada ZIJLSTRA. *Lessen uit de toeslagenaffaire*. *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, 2021, 34(3), p. 125-136. (<http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00D50879&cpid=WKNL-LTR-Nav2>). Zijlstra chama a atenção, ainda, para o curioso fato de que nesse caso não se tenha apelado para o Direito Internacional.

Se esses fossem os únicos aspectos deste caso, já estaríamos diante de essenciais questionamentos acerca da violação de princípios e garantias básicas do Estado Democrático de Direito. O caso foi mais grave ainda. Os pais/cuidadores para os quais o Fisco determinou a obrigação de devolver as quantias totais recebidas a título de adiantamento do auxílio-creche passavam a ser, juridicamente, fraudadores, o que lhes dificultava a vida significativamente; não tinham acesso a ajudas para cuidar das dívidas nem tampouco acesso a outros benefícios estatais.

Mas a tragédia jusfundamental não parou por aqui, a Administração utilizou-se de critérios discriminatórios para realizar o controle entre aqueles que recebiam o auxílio-creche. Pais/cuidadores que tinham sobrenomes/raiz estrangeira ou dupla nacionalidade eram controlados com muito mais rigor que pais/cuidadores, por assim dizer, holandeses.⁶⁸ O descortinamento deste dado levou a inúmeras pesquisas e ao reconhecimento de que houve discriminação na implementação do controle. Na verdade, descortinou-se o que se chama de racismo ou discriminação estrutural e institucional em vários setores da Administração Pública holandesa.⁶⁹ Soma-se a tudo o que se relatou acerca do escândalo do auxílio-creche na Holanda a violação de direitos fundamentais relativa à obrigação de tratamento não discriminatório.⁷⁰

68 Sobre as características das famílias afetadas, vide <https://www.cbs.nl/nl-nl/maatwerk/2022/26/kenmerken-van-gedupeerde-gezinnen-toeslagenaffaire>.

69 COLLEGE VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS, *Visienota Institutioneel racisme - Naar een mensenrechtelijke aanpak, Adviezen*, 2021 (file:///C:/Users/luisacristinalcp/Downloads/Visienota%20Institutioneel%20racisme%20-%20Naar%20een%20mensenrechtelijke%20aanpak%20(3).); AMNESTY INTERNATIONAL, *Dutch childcare benefit scandal an urgent wake-up call to ban racist algorithms*, 2021. (<https://www.amnesty.org/en/latest/news/2021/10/xenophobic-machines-dutch-child-benefit-scandal/>); AMNESTY INTERNATIONAL, *Xenofobe machines, discriminatie door ongereguleerd gebruik van algorimen in het Nederlandse toeslagenschandaal* (file:///C:/Users/luisacristinalcp/Downloads/EUR3546862021DUTCH.pdf).

70 Sobre essas falhas sistemáticas e sistêmicas que se acumularam neste caso, ZIJLSTRA. *Lessen uit de toeslagenaffaire. Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, 2021, 34(3), p. 125-136. (<http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00D50879&cpid=WKNL-LTR-Nav2>). Sobre a vedação ao tratamento discriminatório como garantia jusfundamental, vide C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 473 ss.



Nesta oportunidade não se pode adentrar o estudo dos mecanismos envolvidos neste tipo de ação que perpetua institucionalmente políticas de discriminação estrutural. Ainda assim, em virtude da atualidade do tema, é forçoso mencionar a questão. Por um lado, a escolha dos pais para serem controlados quanto à regularidade do recebimento e aplicação do auxílio-creche se dava por meio de algoritmos de aprendizagem automática. Pode-se vislumbrar aqui uma nova senda a ser necessariamente parametrizada pelos direitos fundamentais: a utilização da inteligência artificial e a “digitalização” da atuação estatal.⁷¹ Por outro lado, há uma dimensão na qual há muito já se reconhece a vinculatividade dos valores constitucionalmente positivados – nomeadamente os direitos fundamentais e os princípios da boa administração –, qual seja, as formas de atuação administrativa, principalmente no que tange à eleição de prioridades e à lógica que a rege. O escândalo do auxílio-creche também aqui descortinou a eleição viciada de prioridades e os meios para atingi-las.

Nos quadrantes lusófonos, diríamos que a finalidade da atuação estatal não visou o interesse público, mas interesses econômicos incompatíveis com a axiologia da atuação administrativa. No afã de conter e combater fraudes, foram fixadas metas quantitativas de recursos a serem alcançadas por meio da determinação de devolução de auxílios; por vezes tal finalida-

71 Sofia RANCHORDAS, Connected but Still Excluded? Digital Exclusion beyond Internet Access. In Ienca, M.; Pollicino, O.; Liguori, L.; Stefanini, E. & Andorno, R. (Eds), *The Cambridge Handbook of Life Sciences, Informative Technology and Human Rights* (Cambridge University Press, 2021, Forthcoming), University of Groningen Faculty of Law Research Paper No. 40/2020, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3675360> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3675360>; Sofia RANCHORDAS, Empathy in the Digital Administrative State (October 20, 2021). *Duke Law Journal*, Forthcoming, University of Groningen Faculty of Law Research Paper No. 13/2021, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3946487> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3946487>; Lilian EDWARDS and Michel VEALE, Enslaving the Algorithm: From a ‘Right to an Explanation’ to a ‘Right to Better Decisions’? *IEEE Security & Privacy* (2018) 16(3), pp. 46-54, DOI: 10.1109/MSP.2018.2701152, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3052831> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3052831>.

de e lógica levou a controles e determinações desarrazoados e infundados e inverteu a lógica da atuação da administração, que priorizou novas ações draconianas de controle e de determinação de devolução, deixando as queixas administrativas sem resposta em franco desrespeito às normas procedimentais. Ademais não se deve deixar de registrar que todo o *design* e a implementação desta atuação estatal se basearam na desconfiança da Administração em relação aos indivíduos, algo que também não parece conforme o que se espera num Estado Democrático de Direito.

O *toeslagenaffaire* é realmente chocante; é inacreditável que algo assim possa acontecer nesta quadra histórica em um país europeu com altos níveis de IDH, de renda *per capita*, de escolaridade.⁷² Um país tido como desenvolvido e que também pontua bem nos *standards* do Estado de Direito, sendo configurado como cenário democrático e em que os direitos fundamentais são protegidos e efetivos.⁷³ Uma sucessão de fatores ligados à atuação dos três Poderes levaram à violação frontal dos direitos fundamentais de milhares de indivíduos. À mostra ficaram várias falhas no sistema político e jurídico do país, que merecem reflexão e podem levar a produtivos debates também para além da Holanda, nomeadamente no que tange à Justiça Administrativa, seu modelo institucional, a interação entre procedimento e processo, a relação entre a atuação administrativa e a correção por meio do controle judicial.

De fato, no campo jurídico, uma pergunta pungente refere-se à atuação da Justiça Administrativa: como essa justiça pôde falhar, exatamente a justiça pensada para ser mais próxima e menos custosa para o cida-

72 Para alguns dados veja-se <https://hdr.undp.org/data-center/specific-country-data#/countries/NLD>.

73 Para alguns dados, consulte-se a Holanda em V-Dem: <https://www.v-dem.net>.



ção.⁷⁴ Veja-se que o enlace entre processo e procedimento não funcionou como deveria no sentido de a atuação do juiz administrativo chamar a atenção da Administração (o Fisco) para o fato de que havia uma série de decisões sendo tomadas contrariamente à juridicidade (*onrechtmatige besluiten*).⁷⁵ Mazelas procedimentais e processuais foram se avolumando, como explicitado acima. Mas o processo nos casos individuais também não funcionou.

Por uma perspectiva mais ampla, é preciso situar a atuação do juiz administrativo (em sentido lato) neste escândalo dentro do contexto do sistema constitucional-institucional holandês acima apresentado, bem como dentro das normas processuais vigentes. Ainda que se estructure a Justiça Administrativa de modo a criar menos entraves para o cidadão em comparação com a Justiça Comum, é preciso compreender que a ausência de um controle de constitucionalidade judicial acaba por refletir na criação de uma específica cultura jurisdicional, ou uma específica cultura de interpretação e aplicação do princípio da separação de poderes.

Já à partida não se pode questionar a constitucionalidade de leis perante o Judiciário. Esse Judiciário não tem como tarefa ordinária a verificação da compatibilidade de normas gerais e abstratas com a Constituição, o que se verifica também no que tange à inviabilidade de controle de normas infralegais gerais e abstratas perante o juiz administrativo.⁷⁶ No

74 Veja-se que os custos são menores e é possível proceder sem advogado, para nomear algumas das características pensadas para facilitar o cidadão. Veja-se uma reflexão sobre a justiça administrativa e o *toeslagenaffaire*, com vasta indicação bibliográfica, em Ymre SCHUURMANS, *Toeslagenaffaire: outlier of symptoom van het systeem?*, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 2021(6), p. 205-207.

75 Ymre SCHUURMANS, *Procesrechtelijke lessen uit de Toeslagenaffaire*. *Nederlands Juristenblad*, 2021, 96(37), 3104-3106 (<https://hdl.handle.net/1887/3278410>).

76 É o que dispõe o art. 8:3 da Awb.

que tange mais especificamente à efetiva proteção jurídica do cidadão no Direito Administrativo holandês, o que se verifica é que não há um enfoque significativo no reconhecimento e desenvolvimento de noções clássicas como a de direito subjetivo público, focando-se o direito na efetividade da aplicação das normas, no desenvolvimento de princípios e regras voltados à atuação administrativa, sem o desenvolvimento de eventuais direitos subjetivos reflexos.

Nesse cenário, o juiz se centra, essencialmente, na decisão de casos concretos, não ousando verificar a juridicidade de normas; o que parece ajudar a explicar por que no caso do auxílio-creche o juiz tenha se absterido de verificar, mesmo que restrito ao caso concreto, a razoabilidade/proporcionalidade da aplicação da norma geral ao caso individual. E talvez mais grave que isto, não há um apelo a um pensamento aprofundado do sistema constitucional, dos valores constitucionais⁷⁷, nem tampouco do papel irradiador dos direitos fundamentais na conformação das atuações estatais.

Do *toeslagenaffaire* fica a imagem de um juiz insuficiente no oferecimento de efetiva proteção jurídica aos indivíduos; um juiz que aplica a lei cegamente, de modo deferente à interpretação da Administração, ignorando as circunstâncias do caso e as consequências claramente desproporcionais de sua decisão⁷⁸; um juiz que se furta a buscar fundamento nos instrumentos

77 Faz uma análise pertinente destas questões Ymre SCHUURMANS, *Toeslagenaffaire: outlier of symptoom van het systeem?*, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 2021(6), p. 205-207.

78 JONGKIND, DRAHMAN, Annotatie bij: Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 8 juni 2022, nr. 202000320/1/A2, AB, 2022, 39: 2441-2449 (AB 2022/313 Volledige terugvordering door de Belastingdienst/Toeslagen is niet evenredig. Informatie was aanwezig bij Belastingdienst).



jusinternacionais, constitucionais e legais disponíveis para construir decisões juridicamente embasadas e protetoras dos direitos fundamentais e dos demais princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

Fica também a imagem de um legislador que não se vê *a priori* ou essencialmente balizado em sua atividade pelos direitos fundamentais; a cultura da ausência de controle judicial de constitucionalidade e a significação que nela ganham os direitos fundamentais fica patente neste escândalo. Ademais, trata-se de um Parlamento que não consegue usar os instrumentos existentes de forma efetiva (ou não dispõe de elementos apropriados) para controlar as atuações da Administração. Junta-se a isso que este escândalo desnuda um Parlamento que atua premido por pressões circunstanciais no *design* de políticas, assumindo como ponto de partida a desconfiança em relação aos cidadãos, tratados antes como potenciais fraudadores que como titulares de direitos.

Por certo, trata-se de imagens hiperbolizadas e de simplificações para ilustrar o cerne da questão. A realidade dos três Poderes e sua atuação é muito mais complexa e cheia de nuances do que essas imagens são capazes de expressar. No mesmo sentido, pode-se tratar do Executivo, que certamente leva a cabo inúmeras funções de forma efetiva. Mas que, no *toeslagenaffaire*, deixa ver um Governo que politicamente tem que responder a polarizações sociais criando mecanismo de combater “fraudadores”, ao mesmo tempo que tem que implementar políticas sociais necessárias. Um governo que passa a se utilizar de mecanismos de inteligência artificial visando à eficiência, mas resvala na adequação destes mecanismos à moldura jusfundamental. Esse escândalo escancara a prática de um Governo que pretende ser eficiente, mas atua de forma autossuficiente, não se baliza pela transparência no *design* e aplicação

de suas políticas, não se vê compelido a expô-las ao escrutínio controlador do Parlamento.⁷⁹ Comandada por esse Governo, ressei do *toeslagenaffaire* uma Administração que se curva à lógica econômica no *design* de seus mecanismos de controle de benefícios sociais, deixando de ver os beneficiários como indivíduos portadores de direitos fundamentais e passando a tratá-los com desconfiança. Mais que isso, ressei daí uma Administração que se furta a usar sua discricionariedade e o procedimento administrativo para buscar a justa medida para os casos concretos, ao revés aplica a lei de forma draconiana, desproporcional, em desacordo material e procedimental com a moldura constitucional vigente.

Parece não restar dúvida, como foi dito várias vezes na Holanda, inclusive pelo primeiro ministro Mark Rutte, que o Estado de Direito falhou para milhares de indivíduos.⁸⁰ Chama a atenção o fato de que essa falha se tornou gigantesca uma vez que perpassou a atuação dos 3 Poderes. Felizmente, por fim, toda a situação veio à tona e se está tentando mitigar as suas consequências desastrosas e impedir que se venha a repetir.

No nosso mundo caleidoscópico esse escândalo deve ser contrastado com o caso *Urgenda*, que traz, por sua vez, outras imagens e questionamentos.

79 Sobre esta prática conhecida como *Rutte-doctrine*, consulte-se <https://www.binnenlandsbestuur.nl/carriere/openheid-voortaan-de-standaard>.

80 Consulte-se a *verklaring van minister-president Mark Rutte over het aftreden van het kabinet* (Explicação do primeiro ministro sobre a demissão do Gabinete) em <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2021/01/15/verklaring-van-minister-president-mark-rutte-over-het-aftreden-van-het-kabinet>.



4. O CASO URGENDA

O caso *Urgenda* foi decidido em última instância em dezembro de 2019 pela Corte Suprema da Holanda após 7 anos de processo judicial. A Corte decidiu que o Estado tem deveres advindos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, especialmente os arts. 2 e 8, e lhe impôs obrigações positivas concretas de redução da emissão de gases de efeito estufa (GEE) de modo a cumprir seus deveres de proteção. Esta decisão tem sido nomeada interna e internacionalmente como pioneira, vindo a inspirar decisões em diversos outros quadrantes. Na própria Holanda, em mais uma decisão pioneira, já que agora direcionada a uma empresa privada, em maio de 2021, o Tribunal Distrital de Haia ordenou à Shell reduzir a emissão de GEE. O fundamento da decisão foi muito similar ao caso *Urgenda* e afirmou que a empresa tem, segundo o Direito holandês, o dever de cuidado (art. 6:162 do Código Civil holandês) que foi ligado aos direitos previstos na CEDH.⁸¹

Há uma série de questões desta decisão do caso *Urgenda* e dos que têm se seguido sendo analisadas por juristas; o caso *Urgenda* se destaca em virtude dos seguintes aspectos pioneiros, apontados, dentre outros,

81 A descrição do caso *Urgenda* é muito mais sucinta do que a que foi feita para o escândalo do auxílio-creche. Isto se explica porque o caso *Urgenda* é bastante conhecido internacionalmente, havendo várias publicações em inglês e mesmo em português que o abordam, diferentemente do que o que se encontra sobre o *toeslagenaffaire*.

A decisão final pode ser lida em inglês: <https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/ENG-Dutch-Supreme-Court-Urgenda-v-Netherlands-20-12-2019>. Eu mesma apresentei uma breve exposição em Luísa NETTO, “Sustentabilidade como conceito justiciável: o potencial transformador dos direitos humanos”, 2022, (<https://www.ibericonnect.blog/2022/12/sustentabilidade-como-conceito-justiciavel-o-potencial-transformador-dos-direitos-humanos-parte-i/>).

por Ingrid Leijten⁸², Otto Spijkers⁸³, Laura Burgers⁸⁴, Jaap Spier⁸⁵, André Nollkaemper⁸⁶ e Christina Eckes⁸⁷:

- o uso dos direitos humanos (os arts. 2 e 8 da CEDH) conectados com as alterações climáticas como a principal base para impor obrigações positivas ao Estado (*rights-based approach*);
- a ausência de uma imposição concreta de legislação (afastando as fortes críticas sobre uma possível violação da competência do Parlamento) combinada com o reconhe-

82 LEIJTEN. Human rights v. Insufficient climate action: The Urgenda case. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2019, 37(2), 112–118 (<https://doi.org/10.1177/0924051919844375>).

83 OTTO SPIJKERS, The Influence of Climate Litigation on Managing Climate Change Risks: The Pioneering Work of the Netherlands Courts, *Utrecht Law Review*, 2018, 127–144 (DOI: <https://doi.org/10.36633/ulr.801>); SPIJKERS, OOSTERHUIS, The Dutch response to climate change: evaluating the Netherlands’ Climate Act and associated issues of importance. In: Muinzer T.L. (Ed.), *National climate change acts: the emergence, form and nature of national framework climate legislation*: Hart Publishing, 2020, 175-198.

84 BURGERS, STAAL, Climate Action as Positive Human Rights Obligation: The Appeals Judgment in *Urgenda v the Netherlands*. In: Nijman, J., Werner, W. (eds) *Netherlands Yearbook of International Law 2018*. Netherlands Yearbook of International Law, vol 49. T.M.C. Asser Press, The Hague (https://doi.org/10.1007/978-94-6265-331-3_10).

85 SPIER, The “Strongest” Climate Ruling Yet: The Dutch Supreme Court’s *Urgenda* Judgment. *Neth Int Law Rev* 67, 2020, 319–391 (<https://doi.org/10.1007/s40802-020-00172-5>).

86 NOLLKAEMPER, BURGERS, *A New Classic in Climate Change Litigation: The Dutch Supreme Court Decision in the Urgenda Case*, 2019 (<https://www.ejiltalk.org/a-new-classic-in-climate-change-litigation-the-dutch-supreme-court-decision-in-the-urgenda-case/>).

87 CHRISTINA ECKES, The Urgenda Case is Separation of Powers at Work. To be published in: N. de Boer, B. M. Aernout Nieuwenhuis en J.-H. Reestman (eds.), *Liber Amicorum Besselink* (Amsterdam, 2021), Amsterdam Law School Research Paper No. 2021-39, Amsterdam Centre for European Law and Governance Research Paper No. 2021-05 (<https://srn.com/abstract=3979729> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3979729>).



cimento de uma obrigação positiva relativamente a um objetivo (a redução da emissão de GEE) a alcançar pelo Estado como resultado de um compromisso internacional jurídico e vinculante;

- a afirmação do caráter vinculante, na perseguição do objetivo, da observância dos deveres estatais relativos aos direitos humanos invocados;
- a análise inovadora sobre os *riscos* de violação a direitos resultantes de alterações climáticas, especificamente no que tange à exigência de “risco real e eminente” e “diretamente ameaçador das pessoas envolvidas”;
- o desenvolvimento da *dimensão coletiva* de direitos individuais em um “cenário ambiental”;
- o uso de evidência científica⁸⁸ ligado (i) à ausência de justificativa suficiente pelo Estado para não perseguir o objetivo e (ii) à ausência de apresentação de medidas alternativas na busca do objetivo, como fundamento para impor obrigações positivas ao Estado, afirmando o caráter obrigatório da perseguição do objetivo;
- a afirmação de deveres e obrigações positivas para um Estado individualmente considerado em face de problemas globais que demandam a ação de outros atores.

88 Rupert STUART-SMITH, Friedereke OTTO, *Liability for Climate Change Impacts: the Role of Climate Attribution Science* in Elbert R DE JONG et al (eds) *Corporate Responsibility and Liability in Relation to Climate Change* (Intersentia 2022), (<https://ssrn.com/abstract=4226257> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4226257>).

Esses os aspectos essenciais da decisão do caso *Urgenda*.⁸⁹ Considerando o vasto universo de publicações na esfera internacional sobre este caso e as limitações deste artigo, não vou adentrar a uma análise mais aprofundada deste caso. Os aspectos acima apontados e o conhecimento geral sobre o caso permitem avançar com a argumentação pretendida nesta oportunidade.

Expostos em linhas gerais os dois exemplos e o modelo holandês, vejamos que linhas de reflexão podemos traçar.

5. ALGUMAS QUESTÕES PARA REFLEXÃO A PARTIR DO MODELO HOLANDÊS

Como se sabe, o método do Direito Comparado não é algo simples de ser aplicado e exige enquadramento teórico e de Direito positivo específico para ser utilizado de forma apropriada. Ciente destas necessidades e pensando no objetivo deste artigo, não se pretende apresentar o resultado de uma pesquisa jurídica conduzida segundo métodos de Direito Comparado. Trata-se de uma empreitada bastante menos audaz. Ainda assim, considerando os temas propostos pelos organizadores do Colóquio e as tradições jurídico-políticas portuguesa e brasileira, entende-se que a exposição breve do modelo holandês e a sua discussão atual a partir dos casos concretos avançados acima, quais sejam, o escândalo do auxílio-creche e a decisão *Urgenda*, apresenta úteis provocações para reflexão. Neste momento não se vão equacionar respostas elabora-

89 J.C.A. DE POORTER, Is Nederland verworven tot een dikastocratie?, *NTB* 2020/49; B. FUNNEKOTTER, Help, de rechter grijpt de macht, *NRC* 20 december 2019; G. BOORGAARD, *Urgenda* en de rol van de rechter: Over de ondraaglijke leegheid van de trias politica, *Ars Aequi* 2016/1, p. 26-33.



das e exaustivas, mas propor questões sobre temas clássicos e tormentosos do Direito Público, também nestas quadras lusófonas, quais sejam a separação de poderes, a responsabilidade e o controle dos atos estatais.

O que se pode elencar como questões para reflexão a partir das seções precedentes? Os pontos que primeiramente se destacam, neste contexto, a meu ver, são os que seguem: (i) a necessidade de revistar o controle da atividade estatal a ser exercido mutuamente entre Poderes Executivo e Legislativo; (ii) a necessidade de criar novas formas de garantir a transparência das atuações estatais e de adequar a proteção do indivíduo em face do Estado na era digital; (iii) o papel da ciência como parametrizador da atuação estatal, (iv) a necessidade de revistar as fronteiras do controle jurisdicional, e os meios de proteção dos cidadãos em face dos poderes estatais e por meio destes poderes, incluído o judicial. Senão vejamos.

(i) Os manuais de Direito Constitucional deixam claro que a relação entre o Poder Legislativo e o Executivo vai além da definição de pautas de legalidade pelo primeiro para a atuação do segundo, há que pensar na legitimidade da atuação de todo o edifício estatal e, principalmente, no controle que o órgão com mais direta representação popular democrática deve exercer sobre os órgãos executivos. Neste ponto, há que se pensar em um dualismo entre Legislativo e Executivo, ou seja, há que haver a previsão jurídica de competências distintas para cada bloco orgânico e igualmente há que haver previsão de controle do Legislativo sobre o Executivo no que tange ao exercício de tais competências.

Essa dualidade, que também se espalha para o fundamento de legitimidade, existe de forma mais marcada em sistemas presidenciais, como é o caso do brasileiro. Presidente e parlamentares têm diferentes fundamentos de legitimidade democrática, não dependentes entre si, bem

como têm competências diversas. O Poder Executivo, o presidente, não colhe sua legitimidade democrática em um apoio ou relação de confiança com a maioria do Parlamento. Não obstante este *design* normativo, no presidencialismo brasileiro, por exemplo, os controles jurídicos confiados ao Legislativo para usar em face do Executivo se tornam, na generalidade, essencialmente formais. Por outro lado, no campo da política, por vezes há um sincretismo ou uma captura indesejada, maculando a atuação autônoma e controlada de cada um destes Poderes.⁹⁰

No caso holandês, também se verifica, a princípio, uma dualidade de certas competências em relação ao Governo e ao Parlamento, sem desconhecer que há competências conjuntas, mormente relativas ao processo legislativo.⁹¹ Nesse cenário, o Parlamento deve controlar a atuação do Governo no desempenho de suas competências, o que fica claro pela existência do direito à informação, do direito à instauração de comissões parlamentares (*enquêtes*)⁹², mas principalmente pela ideia de responsabilidade dos ministros que, perdendo o apoio do Parlamento, têm que renunciar a seu posto, segundo a “regra da confiança” (*vertrouwensregel*). Por outro lado, a fonte de legitimidade democrática do Gabinete, não eleito diretamente, se confunde com a fonte de legitimidade do Parlamento, pois o Gabinete se forma segundo os resultados da eleição e a quantidade de parlamentares de cada partido. O processo de formação dos gabinetes se liga ao sistema eleitoral⁹³, plasmado segundo a tradição

90 VOERMANS, DE PAULA, PINTO E NETTO, Presidents and the multiparty system in Brazil: Is coalitional presidentialism doomed to fail?, *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, 2021, 21(84): 31-66.

91 Sobre estas competências, vide C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 269 ss.

92 Arts. 68 e 70 da Constituição holandesa.

93 Art. 53 da Constituição holandesa.



política holandesa, resultado das lutas religiosas e da necessidade de tolerância e convivência em um pequeno território em grande parte abaixo do nível do mar. Em resumo, unidade no fundamento de legitimidade democrática e dualidade de competências. A regra da confiança, conhecida no Direito holandês como não escrita, deveria coroar esse modelo dual, enfatizando o controle jurídico e político a ser exercido pelo Parlamento em relação ao Governo.

É interessante observar que um sistema presidencial com multiplicidade de partidos, como é o caso brasileiro, levanta dúvidas sobre sua viabilidade política e capacidade para manter uma comunidade política democraticamente organizada e fornecer condições de estabilidade para o mercado.⁹⁴ O caso holandês também levanta a questão quanto à sua viabilidade, pois, como leciona Wim Voermans, já no papel o país parece ingovernável diante da imensa fragmentação política. No entanto, a prática desenvolveu-se no sentido da formação de gabinetes com vários partidos, uma vez que as coalisões são uma necessidade historicamente vivenciada desde o século XVI, tendo sido plasmada a prática política de deliberar, discutir as questões na esfera política até que se chegue a um certo consenso (*polderen*). Se nem todas as colorações políticas aceitam as soluções propostas pela maioria, pelo menos se tenta atingir um consenso no entendimento do problema e das soluções propostas, como uma forma construída de conviver em um país de minorias.⁹⁵

94 VOERMANS, DE PAULA, PINTO E NETTO, Presidents and the multiparty system in Brazil: Is coalitional presidentialism doomed to fail?, *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, 2021, 21(84): 31-66.

95 Wim VOERMANS, *Het land moet bestuurd worden: Machiavelli in de polder*. Amsterdam: Prometheus, 2021, p. 45 ss.

O modelo holandês ainda não conduziu na prática à ingovernabilidade. Com este sistema eleitoral e o processo de formação dos gabinetes, os partidos que formam o Gabinete são também os partidos majoritários no Parlamento, ou seja, a maioria no Parlamento se reflete na formação do Gabinete, o que compromete o controle a ser exercido pelo Parlamento sobre o Governo. A dualidade formalmente vislumbrada no modelo de tripartição de poderes na Holanda, entre Parlamento e Governo, tem que ser verificada, na prática política, entre Governo e oposição, isto é, são os membros de partidos minoritários no Parlamento que exercem o controle do Gabinete, formado pelos partidos majoritários no Parlamento.

Não é difícil perceber os desafios criados por este modelo. Parlamentares têm que controlar ministros e secretários de Estado, sendo que se trata de membros dos mesmos partidos políticos nas duas instâncias. Quem acaba por controlar o Governo são parlamentares membros de partidos que não formam o Gabinete, ou seja, de partidos minoritários, a chamada oposição. Ocorre que, em termos de Direito positivo a “oposição” não é uma categoria ou uma instituição constitucional com regras e competências estabelecidas para fiscalizar o Poder Executivo. Neste cenário, o controle do Executivo se mostra bastante dificultado; veja-se que as competências previstas para parlamentares individuais pode encontrar uma série de limitações se forem necessárias maiorias parlamentares.

O próprio Conselho de Estado holandês, após o escândalo do auxílio-creche, elaborou um “conselho não requisitado” (*ongevraagd advies* – uma peça oficial de aconselhamento elaborada sem que haja provocação de outro órgão) sobre a responsabilidade ministerial, ou seja, sobre a relação entre Parlamento e Gabinete. Um dos principais pontos apontados diz respeito à organização das informações por parte do Executivo e



sua suficiente e atempada disponibilização ao Parlamento, para que esse possa exercer efetivo controle.⁹⁶

Uma contraposição superficial entre o modelo presidencial brasileiro e holandês não é o objetivo deste artigo, como já registrado, mesmo porque os aspectos aqui pontuados são apenas a ponta do iceberg de sistemas e dinâmicas muito mais complexas do que se pode aqui analisar. Ainda assim, a reflexão que se propõe pode aproveitar-se do exemplo destes dois modelos. Tem-se modelos essencialmente distintos, inscritos em realidades e tradições sociais e econômicas também distintas, e, ainda assim, parece-nos que em ambos há a necessidade de inovar nos mecanismos de controle a serem exercidos principalmente sobre as tarefas executivas.

Neste ponto, parece-nos, a partir de uma perspectiva lusófona, ainda mais relevante o exemplo do escândalo do auxílio-creche holandês para que possamos assentar que um tal escândalo não se faz possível apenas diante de alegados atavismos históricos ou de modelos presidenciais pretensamente concentradores de poder. A fiscalização das tarefas executivas no cenário ocidental atual está a exigir inovação, seja nos métodos, seja no seu alcance, seja no tipo de consequência atrelado ao mau exercício de tais tarefas. Inovações que já eram necessárias em face do chamado *Estado Administrativo* (*Administrative State*) se tornam inadiáveis. Neste ponto, a reflexão que se retém refere-se à necessidade de revisitar modelos normativos formalmente estabelecidos e observar a prática política e institucional de modo a criar e implementar modelos mais adequados para a real existência e funcionamento de um controle

96 Consulte-se <https://www.raadvanstate.nl/@121396/advies-ministeriele-ve-rantwoordelijkheid/>

eficiente e eficaz. Para tanto, além do trabalho jurídico, a pesquisa e o trabalho empírico e interdisciplinar se mostram imprescindíveis.

Por outro prisma, os novos desafios colocados pela digitalização e pelas mudanças climáticas nos permitem avançar no sentido de dizer que não somente o controle da atuação estatal executiva está a exigir novo *design* e prática, mas igualmente as tarefas legislativa e jurisdicional do Estado convocam inovação.

No escândalo do auxílio-creche, verificou-se a dificuldade de fiscalização de tarefas executivas pelo Parlamento, podendo cogitar-se, como dificultadores do controle, para além do tipo de população afetado, das características do modelo no que tange à relação entre Parlamento e Gabinete. Mas este mesmo caso nos coloca também diante de uma necessária reflexão no que tange à atuação legislativa na criação dos quadros de atuação para a Administração e, igualmente, no que tange à atuação da Justiça Administrativa e da própria “Justiça comum”. O questionamento que quero fazer, a esta altura, diz respeito à necessidade de apoio técnico-científico também para as casas legislativas. O uso de novas tecnologias e da inteligência artificial exige que o Parlamento tenha “igualdade de armas” em termos de apoio para atuar no *design* da legislação, mas também no controle da atuação do Executivo.⁹⁷ O Parlamento tem papel relevante na democracia igualmente quanto à transparência da atuação estatal em sentido global; o Parlamento tem que zelar para que o uso de novas tecnologias e da inteligência artificial se faça nos confins dos quadros constitucionais, nomeadamente, jusfundamentais.

97 PASSCHIER, *Artificiële intelligentie en de rechtsstaat: Over verschuivende overheidsmacht, Big Tech en de noodzaak van constitutioneel onderhoud*. Den Haag: Boom Juridisch 2020; PASSCHIER, *Digitalisering en de (dis)balans binnen de trias politica, Ars Aequi*, 2020, 69(10): 916-927.



(ii) De fato, o contraponto entre *toeslagenaffaire* e *Urgenda* também joga luz sobre a necessidade de novas conformações jurídicas sobre o acesso e a gestão da informação na era digital e da inteligência artificial. Cresce a urgência de mecanismos jurídicos aptos a impor e garantir transparência à atuação estatal, desde o desenho da legislação, até a sua aplicação, mormente considerando o uso de algoritmos e novas tecnologias decisórias. De pouco valem neste contexto mecanismos parlamentares de controle e mesmo vias judiciais de acesso à informação se estes se restringirem às linhas jurídicas e deixarem passar o conteúdo tecnológico utilizado para implementar as determinações jurídicas.

O caso do auxílio-creche deixa este aspecto patente; em combinação com uma interpretação draconiana do marco legal, houve a implementação de uma política de “combate a fraudes” por meio de um sistema de inteligência artificial que a princípio furtou-se de um dever de publicidade ou transparência e que flagrantemente afrontava o quadro jusfundamental que proíbe tratamento discriminatório. Se Parlamento e cidadãos não tiverem acesso a este tipo de informação, o controle da atividade estatal se vê esvaziado em muitas áreas fulcrais. Não basta controlar a lei e os atos administrativos com efeitos externos que implementam as políticas públicas, tem-se que controlar o uso das tecnologias e da inteligência artificial, a escolha dos critérios para a utilização de algoritmos na atividade administrativa.⁹⁸

De fato, esse escândalo escancara a opacidade que muitas vezes ainda marca a atuação administrativa.⁹⁹ Não houve transparência sobre o *design* legal desta política de combate à fraude – a não adoção da cláusula de

98 Sobre o assunto, vide MEUWESE. *Alles wat je altijd al had willen weten over overheidsbesluitvorming*. Leiden, 2023 (<https://hdl.handle.net/1887/3636561>).

99 Há várias iniciativas para melhorar a transparência e o acesso à informação. Veja-se, a respeito, DRAHMANN, *De Wet open overheid is slechts een tussenstap: Een preadvies over mogelijkheden tot verbetering van de openbaarheid van overheidsinformatie*. In A. W. G. J. Buijze, C. J. Wolswinkel, N. N. Bontje, & E. C. Pietermaat (Eds.), *VAR-reeks / Vereniging voor Bestuursrecht*, 2020, pp. 71-159. (<https://hdl.handle.net/1887/3502304>).

exceção na lei, a adoção do mecanismo de adiantamento das quantias pagas, o uso de algoritmos para a realização de controle, as metas de arrecadação com a determinação de devolução. Da mesma forma, não houve transparência suficiente sobre a adoção da interpretação tudo-ou-nada e sua operacionalização na prática. Essa deficiente transparência também se verificou quando o Parlamento começou a investigar a questão e mesmo diante do Judiciário. A ausência de transparência também se verificou ao nível individual, pois os envolvidos que contestaram a atuação administrativa junto à Administração – requisito necessário para eventual recurso ao juiz – diversas vezes tiveram seus direitos procedimentais de informação e resposta motivada e atempada desrespeitados.¹⁰⁰

O acesso à informação é essencial para o controle da atuação estatal e para a democracia. Cumpre vigiar para que façamos as atualizações necessárias impostas pela era digital. Nesta era digital ocorre também a alteração do palco de interação do indivíduo com a Administração, que passa por vezes a se dar por meio de suportes tecnológicos e digitais. Para isso urge não só franquear ao indivíduo o acesso à informação¹⁰¹, mas garantir-lhe igualdade de armas relativamente às capacidades digitais e econômicas.¹⁰²

100 Para uma interessante análise sobre a obrigação de transparência e informação e a indagação se haveria um direito reflexo, vide DRAHMANN, Artikel 110. Openbaarheid van bestuur: de overheid betracht bij de uitvoering van haar taak openbaarheid volgens regels bij de wet te stellen. In A. Ellian & B. Rijpkema (Eds.), *Een nieuw commentaar op de Grondwet*, 2022, pp. 421-434 (<https://hdl.handle.net/1887/3635721>).

101 MEUWESE. Alles wat je altijd al had willen weten over overheidsbesluitvorming. Leiden, 2023 (<https://hdl.handle.net/1887/3636561>).

102 Sofia RANCHORDAS, Connected but Still Excluded? Digital Exclusion beyond Internet Access. In Ienca, M.; Pollicino, O.; Liguori, L.; Stefanini, E. & Andorno, R. (Eds), *The Cambridge Handbook of Life Sciences, Informative Technology and Human Rights* (Cambridge University Press, 2021, Forthcoming), University of Groningen Faculty of Law Research Paper No. 40/2020, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3675360> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3675360>; Sofia RANCHORDAS, Empathy in the Digital Administrative State (October 20, 2021). *Duke Law Journal*, Forthcoming, University of Groningen Faculty of Law Research Paper No. 13/2021, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3946487> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3946487>.



O caso do auxílio-creche desnuda, ademais, o paradoxo do controle na era digital. Torna-se mais difícil controlar o Estado (e outros atores privados poderosos), mas o indivíduo se vê mais e mais vulnerável em sua privacidade, controlado e vigiado em seus passos no mundo digital.¹⁰³ De fato, o indivíduo que deveria poder controlar o Estado, na era digital se encontra, ao revés, facilmente controlado pelo Estado, já que bancos de informação vão sendo construídos, armazenados, cruzados, escrutinados etc. No *toeslagenaffaire*, o Fisco usou dados protegidos dos indivíduos, burlando sua privacidade, para exercer controles baseados em perfis de risco que igualmente burlavam a vedação de tratamento discriminatório. Quem deveria ser controlado, controlou de maneira discriminatória e desproporcional.

Cresce nesse mundo digitalizado a necessidade de informação, de transparência, essenciais para a participação e a democracia, e também de garantir algum grau de entendimento e diálogo social, passíveis de fomentar a confiança e a legitimidade das atuações estatais.¹⁰⁴ Neste cenário, é curioso que o caso *Urgenda* aponte para um sentido ligeiramente diverso, pois o Judiciário conseguiu expor uma série de informações técnicas e científicas tornando patente a necessidade de atuação do Estado. Certamente este aspecto do caso *Urgenda* não resolve a constante necessidade de se exigir transparência do Estado em relação às suas políticas climáticas e ambientais, a suas orientações e parcerias energéticas e econômicas. Não obstante, neste caso, diversos dados foram trazidos a público e escrutinados em relação a determinadas evidências científicas disponíveis.

103 Wim VOERMANS, *Het land moet bestuurd worden: Machiavelli in de polder*. Amsterdam: Prometheus, 2021, p. 169-171.

104 Wim VOERMANS, *Het land moet bestuurd worden: Machiavelli in de polder*. Amsterdam: Prometheus, 2021, p. 161 ss.

(iii) O caso *Urgenda* conduz-nos ao terceiro ponto de reflexão explicitado. O uso da ciência e da tecnologia na atuação estatal ganha também novos contornos, principalmente porque ciência e conhecimento científico assumem papel importante na questão climática, mormente na sua judicialização. No caso *Urgenda*, tornou-se clara a relevância de dados fornecidos por cientistas climáticos para sustentar o dever de cuidado do Estado como imposição de agir proporcional e suficientemente para enfrentar as ameaças para as presentes e futuras gerações. O conhecimento científico foi usado para perquirir se a alegada política estatal era proporcional e suficiente para cumprir o dever de cuidado imposto pelos direitos fundamentais.

Poder-se-ia recorrer a um direito à ciência¹⁰⁵ no sentido de se embasar esse ponto. O direito à ciência fornece o necessário fundamento jurídico para afirmar que o conhecimento científico, a ciência e suas evidências, têm que ser a razão fundante das escolhas políticas de enfrentamento da questão climática, sem desconsiderar os processos democráticos. Mas, mesmo sem explicitar a existência de um tal direito, quer no âmbito internacional, quer doméstico, a jurisprudência vem tornando clara a relevância da ciência como parâmetro da atuação estatal. Utilizando-se de vários expedientes que passam frequentemente pela invocação de outros direitos humanos/fundamentais, os tribunais vêm reconhecendo aspectos juridicamente vinculantes a partir de outros campos científicos, por vezes concluindo que há uma obrigação do Estado de atuar de acordo com a ciência.

105 Luísa NETTO, The Right to Science between National and International Recognition – Domestic Contributions to the Clarification of Its Normative Content (2022). Netto, L. C. P. e. (2023). The right to science between national and international recognition – domestic contributions to the clarification of its normative content. *Católica Law Review*, 7(1), 103-137. (<https://doi.org/10.34632/catolicallawreview.2023.11827>, <https://ssrn.com/abstract=4395032> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4395032>).



Certamente a questão merece cautela. Não se trata de defender a epistocracia ou a tecnocracia, nem tampouco de advogar a substituição de agentes políticos democraticamente eleitos por *experts* no processo de tomada das decisões públicas. A ciência, como se sabe, está sujeita a vieses, falsificações e erros, exige desenvolvimento constante e não é apta a oferecer respostas nem soluções incontestáveis para os complexos desafios societais. Ainda assim, uma coisa é suficientemente clara: a questão climática exige ação estatal e global urgente. O aquecimento e as alterações climáticas não são uma questão de opinião política ou posicionamento ideológico, são constatações embasadas em evidências científicas.

Neste aspecto o caso *Urgenda* é emblemático, pois o Judiciário entendeu que as autoridades democraticamente legitimadas não podem desconhecer o que vem sendo exposto pelos *experts* para tomar suas decisões e implementar as ações necessárias. Por óbvio, é vital manter o debate político-institucional, como elemento fundacional integrante da democracia, o que exige que as medidas urgentes sejam talhadas de acordo com o arcabouço constitucional. Mas a tomada de medidas condizentes com a evidência científica disponível se coloca como obrigação positiva para o Estado, a partir de seus deveres em relação aos direitos humanos/fundamentais.

(iv) Para encerrar o rol de perguntas levantadas a partir dos dois casos analisados, nesta oportunidade, devemos enfrentar a questão relativa à proteção jurídica dos indivíduos, que coroa a análise desenvolvida até este momento. Qualquer que seja o ângulo de análise dos dois casos, os direitos assumem papel central. E direitos exigem, para serem levados a sério, efetiva proteção jurídica. De fato, o aspecto que talvez mais claramente ressaia destes dois casos é a necessidade de permanente atualização das formas jurídicas de proteção do indivíduo em face do Estado e por meio do Estado, o que nos remete à necessidade de revistar o *design*

e as fronteiras do controle jurisdicional. A Holanda se presta como bom laboratório de observação, já que não possui controle judicial de constitucionalidade e tem uma Justiça Administrativa peculiar.

A Comissão de Veneza, órgão de aconselhamento do Conselho da Europa, preparou um documento sobre a proteção jurídica dos cidadãos na Holanda. A elaboração de tal conselho originou-se no próprio Parlamento holandês, como dito anteriormente. Em seu “conselho”, a Comissão de Veneza analisou as violações de direitos ocorridas no escândalo do auxílio-creche e asseverou que houve sérias e sistêmicas insuficiências na proteção de direitos por meio de todos os Poderes estatais, mas explicitou que, por fim, os mecanismos do Estado de Direitos funcionaram. A Comissão avançou direções para o aprimoramento da proteção dos cidadãos em face dos Poderes estatais. Dentre estas direções importa registrar, para o presente artigo, que a Comissão aconselhou o aprofundamento de mecanismos de obtenção de informação pelo Parlamento para poder controlar o Executivo; a observância de critérios de proporcionalidade ou razoabilidade na feitura da legislação; a simplificação de procedimentos perante a Administração; a adoção de instrumentos genéricos para instruir os órgãos administrativos na sua tarefa de aplicação da legislação e que possibilitem a avaliação desta mesma legislação e sua aplicação segundo os princípios gerais da boa administração; a criação de mecanismos para que o Poder Judiciário possa chamar a atenção dos outros Poderes sobre legislação que esteja causando problemas sistêmicos; a análise da possibilidade de se afastar a proibição de controle judicial de constitucionalidade das leis (em sentido formal).

Neste cenário, Urgenda e *toeslagenaffaire* aqueceram o debate na Holanda, considerando a necessidade de proteção dos indivíduos, acerca do controle de constitucionalidade e do papel do juiz no quadro da



separação de Poderes. Os dois casos são paradigmáticos. De um lado, *Urgenda* levou a que se questionasse a atuação desmedida do juiz em face do legislador e de esferas políticas. De outro, o escândalo do auxílio-creche levou a que se questionasse a insuficiente atuação do juiz (administrativo) até a mais alta instância, o Conselho de Estado. De um lado, um juiz que se vale dos direitos fundamentais reconhecidos em instrumentos internacionais (na verdade, direitos humanos) para determinar obrigações positivas para o Estado, incluída a formulação de políticas para o atingimento de objetivos climáticos assumidos na arena global. De outro lado, um juiz cuja deferência em relação à Administração e ao órgão de cúpula da Justiça Administrativa leva a não analisar a fundo as circunstâncias concretas dos casos, aplicando cegamente a lei e, assim, deixando de ofertar efetiva proteção legal ao cidadão.

Um aspecto interessante a ser pontuado quanto à proteção jurídica e à Justiça Administrativa, refere-se ao fato de que no caso *Urgenda* a ação foi proposta perante o chamado juiz civil, ou seja, perante o Poder Judiciário, e não perante a Justiça Administrativa. Isto redundou em que não fosse o juiz administrativo a analisar a questão; não foi o *Raad van State*, Conselho de Estado, que decidiu a matéria, mas o *Hoge Raad*, Conselho Superior, ou Supremo Tribunal. Também é interessante lembrar que nem mesmo esse Supremo Tribunal pode exercer o controle de constitucionalidade das atuações do legislador holandês, seja controlando a constitucionalidade das leis em sentido formal, seja controlando uma alegada omissão inconstitucional do legislador. Não obstante, foi esse *Hoge Raad*, que se valeu de normas internacionais de direitos humanos e de outras normas de direito internacional para afirmar a existência de obrigações positivas para o Estado em face de obrigações assumidas no plano internacional e inafastáveis para o dever de proteção relativo aos direitos humanos.

Que provocações nos trazem esses casos paradoxalmente posicionados em termos de proteção jurídica do indivíduo?

Para mim, resta clara a urgência de revisitarmos a tripartição dos poderes, principalmente no que tange à conformação do Poder Judiciário. Isto para além das já conhecidas discussões acerca da *political question*, do *judicial activism* ou *restraint* ou mesmo do teor contramajoritário dos direitos fundamentais por possibilitarem, no controle de constitucionalidade, o afastamento de normas legislativas. A reflexão que me parece incontornável tem que ver com as afirmações tradicionais na seara jurídica acerca das garantias de ausência de controle hierárquico e responsabilização, com exceção dos próprios recursos processuais, ou da ocorrência de erro judiciário ou crime, em última instância acerca da necessidade de neutralidade do Judiciário, da sua atuação a-política.

Para gizar essa reflexão em tom de pergunta, que certamente não restará respondida nesta ocasião, é preciso traçar uma premissa. Por óbvio, o Judiciário precisa ter garantias e se colocar acima da política partidária, precisa assegurar o respeito ao Direito e aos direitos fundamentais. Não podemos transigir com estas construções tão caras ao constitucionalismo e inafastáveis no quadro de um Estado Democrático de Direito.

Acresce que me parece necessário pensar outras formas de encarar estas questões, especialmente diante da atual conformação das relações entre Executivo e Legislativo. Como assegurar que o Judiciário possa efetivamente realizar o controle da atuação estatal sem se situar em um contexto político – no sentido amplo e não político partidário? Como ganhar sinergia nas formas de controle, envolvendo também o Parlamento? Certamente há esforços teóricos de fôlego neste sentido, veja-se, por exemplo, Ronald Dworkin com sua diferenciação entre *rights* and



policies.¹⁰⁶ Mas será que esse dogma realmente se sustenta? A macro-atuação do Judiciário demonstra claras escolhas políticas que os dois casos aqui analisados tornam patente. A seriedade crescente com que se está a tratar judicialmente a questão climática não parece guardar relação com o tratamento de direitos de cunho eminentemente prestacional, mormente voltados para franjas sociais vulneráveis, como foi o caso dos auxílios. É claro que a questão climática é mais do que séria. Mas será que a subsistência, a garantia de um mínimo social para quem dele necessita de forma premente não reclama a mesma seriedade? Como enfrentar essas macro-escolhas de forma jurídica sem macular a atuação do Poder Judiciário? Fica a pergunta ... que talvez só se equacione com recurso a processos democráticos e novas conformações da tripartição de Poderes¹⁰⁷ na qual, nos parece, o “juiz constitucional” seja chamado a desempenhar papel essencial.

Ademais disso, parece-me inviável não pensar em todos os discursos inflamados contra “políticos”, sejam administradores, sejam legisladores, como se esses fossem sempre mal intencionados e não cuidassem de tomar as providências necessárias para o bem estar dos indivíduos. Em contraste com os políticos, haveria os juízes, seres imaculados capazes de corrigir as mazelas da política, sem ser políticos, por meio do Direito. Mais uma vez Urgenda e *toeslagenaffaire* mostram-nos que tais pensamentos polarizadores, generalizantes e pouco nuançados não servem.

106 Ronald DWORKIN. *Taking rights seriously*. Duckworth, 1978; Ronald DWORKIN. *A matter of principle*. Harvard: University press, 1985; Ronald DWORKIN. *Justice for hedgehogs*. Belknap: Press of Harvard University Press, 2011 (<https://doi.org/10.4159/9780674059337>). Vide, dentre muitos, GAFFNEY. *Ronald Dworkin on law as integrity* : rights as principles of adjudication, 1996, Mellen University Press.

107 Lindseth ROSE-ACKERMAN, B. EMERSON. Good-bye, Montesquieu. In *Comparative Administrative Law*, 2017, pp. 38–43. Edward Elgar Publishing (<https://doi.org/10.4337/9781784718671.00009>).

No caso *Urgenda*, não parece corresponder aos fatos que os políticos nada façam e que o juiz possa salvar a situação, por mais que seja louvável a decisão judicial deste caso. A questão climática é realmente de difícil solução, exigindo a atuação não contraposta, mas colaborativa, dos 3 Poderes e da sociedade. No caso do auxílio-creche também não se mostra viável polarizar políticos e juizes como bons e maus; para além de atuações legislativas e administrativas desproporcionais, a justiça falhou em muitos casos flagrantemente, casos em que os próprios juizes reconheçam a desproporção e anti-juridicidade de suas decisões.¹⁰⁸

Na verdade, o *toeslagenaaffaire* me faz pensar que temos que revisitar a responsividade do Estado, sua *accountability*. Não se trata de defender a responsabilização pessoal de juizes por interpretações legais e decisões de casos, por óbvio. Mas se trata de buscar mecanismos mais efetivos para que também esta função estatal se revista de responsividade em relação aos indivíduos. Certamente que isto tem desafios reforçados diante da necessidade de garantia dos magistrados e sua independência. Quais mecanismos e como? Faço esta indagação sem desconhecer os perigos desta questão, principalmente quando se têm regimes autoritários que pretendem controlar o Judiciário. Por certo, não me alinho a nenhum tipo de controle autoritário do Judiciário. Proponho uma reflexão sobre dogmas que por vezes aceitamos e repetimos, como estudiosos do Direito Público, como por exemplo a imparcialidade dos juizes, a ausência de hierarquia e a autonomia do Judiciário. Estes são dogmas intocáveis no Estado Democrático de Direito. O quanto destes dogmas se verifica na realidade para a efetiva oferta de proteção jurídica ao indivíduo? Mais uma

108 Vide, Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken Reflectierapport van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 2021 (<https://www.raadvanstate.nl/@127602/uitkomst-reflectieprogramma/>).



vez não temos aqui dados de pesquisa empírica para embasar qualquer tipo de afirmação causal. É um convite à reflexão.¹⁰⁹

O juiz administrativo no *toeslagenaffaire* não parece ter sido, pelos dados que têm vindo a público, em geral imparcial ou autônomo. Pelo contrário, agiu durante anos, em muitos casos, em clara deferência a uma interpretação legal propagada e aplicada pela Administração, sem perquirir os meios jurídicos disponíveis para a busca de soluções mais condizentes com os próprios princípios de boa administração, para não dizer respeitosas aos direitos fundamentais. Como restou afirmado em

109 Vide, para uma aproximação ao tema, com variados enfoques e demonstrando a sua dificuldade, Julio RIOS-FIGUEORA and Jeffrey STATON, Unpacking the Rule of Law: A Review of Judicial Independence Measures (April 26, 2009). *CELS 2009 4th Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper*, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1434234> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1434234>; Tara GROVE LEIGH, The Origins (And Fragility) of Judicial Independence (March 16, 2018). 71 *Vanderbilt Law Review* 465 (2018), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2963683>; David S. LAW, Judicial Independence (February 25, 2010). *The international encyclopedia of political science*, Vol. 5, pp. 1369-1372, Bertrand Badie, Dirk Berg-Schlosser, Leonardo Morlino, eds., 2011, Washington U. School of Law Working Paper No. 10-02-06, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1557348> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1557348>; Nuno GAROUPA, Tom GINSBURG, Tom, Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence (November 18, 2008). *American Journal of Comparative Law*, Forthcoming, U of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 444, U of Chicago, Public Law Working Paper No. 250, Center on Law and Globalization Research Paper No. 09-05, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1303847>; Sonia LAWRENCE, Reflections: On Judicial Diversity and Judicial Independence (2010). *Judicial independence in context*, A. Dodek & L. Sossin, eds., Irwin Law, 2010, p. 193, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2043089>; Stephen BURBANK, Judicial Independence, Judicial Accountability and Interbranch Relations. *Georgetown Law Journal*, Vol. 95, p. 909, 2006, University of Pennsylvania Law School, Public Law Working Paper No. 06-29, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=922091> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.922091>; Fabien GELINAS, Judicial Independence in Canada: A Critical Overview (March 24, 2010). Judicial independence in transition – strengthening the rule of law in the OSCE region, Anja Seibert-Fohr, ed., Max Planck Institute Series, *Beitraege zum Auslaendischen Oeffentlichen Recht und Voelkerrecht*, Heidelberg: Springer, 2011, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1577842>; Aileen KAVANAGH, A New Supreme Court for the United Kingdom: Some Reflections on Judicial Independence, Activism and Transparency (July 28, 2010). *Oxford Legal Studies Research Paper* No. 58/2010, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1649994> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1649994>.

vários casos, o juiz de primeira instância deixou de decidir como entendia mais cabível ao caso concreto porque previa que a decisão seria revertida na instância superior. De que valeram os dogmas da independência, imparcialidade e autonomia nestes casos?

As garantias dadas ao juiz administrativo e a ideia de acesso ao juiz administrativo de fato se justificam para garantir ao cidadão uma decisão individualizada, motivada, que verifique a observância das exigências legais, tanto procedimentais, quanto substanciais, pela Administração. Como escreve Ymre Schuurmans, o juiz administrativo deveria ter-se valido de suas competências para realizar “uma avaliação mais crítica da juridicidade das regras legais e regulamentares” evitando, assim, muito sofrimento para os pais beneficiários do auxílio-creche.¹¹⁰

Determinar até que ponto esses dogmas atuam na esfera decisória individual dos diversos agentes estatais transborda os lindes deste artigo. Lukas van den Berge escrutinou criticamente uma publicação do Presidente (*voorzitter*) do Conselho de Estado sobre o *toeslagenaffaire*, na qual este se justificou explicitando diversas circunstâncias que explicariam a atuação deste órgão de cúpula da Justiça Administrativa, nomeadamente que a lei impunha ou pelo menos previa a interpretação tudo-ou-nada no que tange à determinação de devolução de quantias. Este trecho de van den Berge convoca à reflexão:

“Afundando em um formalismo jurídico quase ininteligível para leigos, Van Ettehoven não está pronto para a tarefa mais importante que ele tem que cumprir como juiz administrativo: proteger os cidadãos contra uma prática administrativa moderna em que uma combinação

110 SCHUURMANS. Procesrechtelijke lessen uit de Toeslagenaffaire. *Nederlands Juristenblad*, 2021, 96(37), 3104-3106 (<https://hdl.handle.net/1887/3278410>).



tóxica de desinteresse burocrático e gerencialismo corporativo muitas vezes predomina. Escolhas jurídicas difíceis são escondidas atrás de uma chamada lógica formalista obrigatória, que nos é apresentada como evidente, mas que não o é de forma alguma. Princípios fundamentais de justiça desempenham, para Van Ettehoven,¹¹¹ um papel tão somente na medida em que uma lógica burocrática rígida, estranha ao Direito, lhes dê espaço. Em seu universo jusadministrativo atua o juiz administrativo acima de tudo como *longa manus* do legislador. É por isso que ele não carrega a responsabilidade pelas consequências de suas decisões judiciais. Quando a aplicação estrita da lei for manifestamente injusta, ele lava suas próprias mãos inocentemente e simplesmente diz: *Não fui eu, foi o legislador!*"¹¹²

O mais interessante é que neste mesmo sistema jurídico foi possível engendrar uma decisão como a do caso *Urgenda*. A pergunta é incontornável, que juiz, com que papel, é necessário para que haja efetiva proteção jurídica do cidadão?¹¹³

111 Vide, a respeito, Bart Jan van ETTEKOVEN, 'Tussen wet en recht' Reactie van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op het rapport Ongkend onrecht van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag Bart Jan van Ettehoven, *NJB* 2020/101, afl. 2.

112 Lukas VAN DEN BERGE. Bestuursrecht na de toelagenaffaire: hoe nu verder? Over het rechtskarakter van het bestuursrecht. *Ars Aequi*, 2021 70(11), 987-995 (<https://arsaequi-nl.proxy.library.uu.nl/product/bestuursrecht-na-de-toelagenaffaire-hoe-nu-verder/>). Interessa dizer que a própria Secção Jurisdicional do Conselho de Estado se debruçou sobre a questão e publicou um "Relatório de Reflexão", onde reconheceu suas falhas e propôs caminhos de melhoria na atuação do juiz administrativo. Vide, Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken Reflectierapport van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 2021 (<https://www.raadvanstate.nl/@127602/uitkomst-reflectieprogramma/>) (tradução livre).

113 Max VETZO, Constitutionele toetsing anno 2022: tussen dikastocratie en toelagenschandaal. *Ars Aequi*, 2022(10), 912-919. [AA20220912] (<https://arsaequi.nl/product/constitutionele-toetsing-anno-2022-tussen-dikastocratie-en-toelagenschandaal/>)

A Comissão de Veneza em seu conhecido *Rule of Law Checklist* elenca 5 exigências normativas que ressaem do *rule of law*¹¹⁴ e entre elas figuram o respeito pelos direitos fundamentais e o acesso à justiça, que significa que os indivíduos possam contrastar decisões dos governos diante de juízes e tribunais independentes e imparciais. Parece que esta imparcialidade e independência restam ainda hoje como desafio de não serem apenas dogmas formais que se traduzem em perpetuados *designs* legislativos e garantias pessoais, mas que se traduzam em efetiva proteção jurídica dos indivíduos. Isto porque dos casos escolhidos para análise também parece ressaír o papel central desempenhado pela função jurisdicional na esfera pública, essencial para a defesa dos direitos. As falhas e os acertos dos tribunais são de fato determinantes para os direitos e para a democracia, para que o Estado de Direito se mantenha de pé, como sintetizou o *Hoge Raad* no caso *Urgenda*: “a tarefa dos tribunais de ofertar proteção jurídica, mesmo contra o governo/Estado, é um componente essencial de um Estado Democrático de Direito.”¹¹⁵

114 Para uma aproximação ao conceito de *rule of law* com contraste entre várias concepções, vide CRAIG, Formal and substantive conceptions of the rule of law: an analytical framework. *Public Law*, Autumn, 1997, 467–487; TASIOLAS, The Rule of Law. In *The Cambridge Companion to the Philosophy of Law*, 2020, pp. 117–134 (<https://doi.org/10.1017/9781316104439.007>). Para uma discussão no cenário holandês, tangenciando também o caso *Urgenda*, consulte-se VAN GESTEL. De rechtsstaat in discussie. *RegelMaat*, 2020, 35(4), 261-274 (<https://doi.org/10.5553/RM/0920055X2020035004006>).

115 Para uma interessante aproximação renovada ao conceito de *rule of law*, a partir dos desafios climáticos, vide Katalin SÜLYÖK, A rule of law revolution in future generations’ litigation – intergenerational equity and the rule of law in *the Anthropocene in Hungary Working Papers*, 2023, Forum Transregionale Studien 14/2023 (DOI: <https://doi.org/10.25360/01-2023-00005>).



4. BREVÍSSIMAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma resposta para as indagações levantadas nesta oportunidade não se mostra pronta. Mas uma aproximação defensável aponta no sentido da centralidade dos direitos fundamentais e da construção de mecanismos de efetiva proteção jurídica dos indivíduos. Parece-nos que essa necessária proteção jurídica tem que ser engendrada para além de dogmas e garantias formais dos órgãos incumbidos de função jurisdicional, sejam eles organizados na forma de um Poder Judiciário, seja em uma Justiça Administrativa. Uma responsividade global da atuação estatal tem que ser colocada em movimento de modo que os direitos importem para os indivíduos, gerando consequências se violados por quaisquer dos Poderes estatais. Na verdade, a divisão de poderes deve servir a um adequado equilíbrio entre as necessidades individuais e coletivas, tendo a dignidade humana como baliza. Não deve servir, por óbvio, como subterfúgio para a ausência de consequências para violações de direitos, possibilitando que um Poder se esquive por violações apontando como causa a atuação de outro Poder. Para o indivíduo, o Estado é uno e deve atuar tendo como norte a centralidade dos direitos, base da axiologia constitucional do Estado Democrático de Direito.

Quanto a isto, de fato, parece haver pouca dúvida. Não obstante, os exemplos analisados mostram que na prática do Direito Público estas afirmações não são tão óbvias como parecem a princípio. O que ressaí destes exemplos, na minha visão, é que a centralidade dos direitos reclama uma cultura constitucional em que estes sejam levados a sério. Tal cultura, no momento atual, reclama o controle judicial de constitucionalidade¹¹⁶, mesmo porque, havendo este, se colocam em movimento

116 Para uma interessante aproximação a estas questões no contexto holandês atual, vide LEIJTEN, *Grandrechten, grondvertrouwen en de relationele constitutie*, Tilburg University, 2023.

outros debates que combinam direitos fundamentais com democracia, nas balizas do Direito, possibilitando permanente desenvolvimento destes pilares do Estado Democrático de Direito.¹¹⁷

Ainda que seja passível de críticas, a construção que coloca os direitos como pilares de uma ordem constitucional, guardados por um “juiz constitucional”, no seio de equilíbrios buscados no princípio democrático, exigindo justificações racionais e intersubjetivamente controláveis, se mostra a senda a seguir e aprofundar. As conseqüências de uma tal construção parecem capazes de se espraiair da teoria para a prática constitucional e política.¹¹⁸

Ymre Schuurmans destaca algumas conseqüências que a proibição de controle de constitucionalidade tem sobre a efetiva proteção do cidadãos em face do Estado, mormente no que tange à Justiça Administrativa. O Direito acaba por desenvolver-se tendo como foco o efetivo desempenho das competências administrativas, não incorporando plenamente a perspectiva dos direitos subjetivos públicos. Ymre, fazendo uma interessante análise da Lei Geral de Direito Administrativo e verificando para quais princípios são formulados ou reconhecidos direitos reflexos para os cidadãos, observa que não é algo isolado o que aconteceu no escândalo do auxílio-

117 Por certo que as escolhas principais cabem ao legislador democrático. Não obstante, a atuação deste também deve se dar em uma cultura de respeito à Constituição e balizada pelos direitos fundamentais. Nesse sentido, mais uma vez a existência de controle de constitucionalidade, ao meu sentir, se mostra essencial. Em direção um pouco diversa, vide Jos VLEUGEL, *Grondrechtencatalogi met een evenredigheidstoets: een fundamenteel en institutioneel vraagstuk*. *Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten*, 2022, 47(2), 168-187.

118 Matthias KUMM. *Alexy's Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review*. in Matthias KLATT (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford University Press, 2012 (<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199582068.003.0009>); Julian RIVERS, *Julian, Constitutional Rights and Statutory Limitations*, in Matthias KLATT (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford University Press, 2012 (<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199582068.003.0011>); Matthias KLATT. *Robert Alexy's Philosophy of Law as System*, Matthias KLATT (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford University Press, 2012 (<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199582068.003.0001>).



-creche. O juiz administrativo acedeu ao uso fortemente interventivo das competências do Fisco e não realizou qualquer juízo de razoabilidade; essa atuação se encarta em um sistema de fraco reconhecimento de direitos subjetivos para o cidadão em face da Administração, igualmente um sistema em que falta a cultura do controle de constitucionalidade.¹¹⁹

Talvez o único ponto que se possa avançar como tentativa de consideração final tangencia o papel dos direitos humanos ou fundamentais como elementos fundantes de uma ordem de valores a ser democraticamente positivada e implementada, mormente diante de novos desafios que abalam severamente as construções do Direito Público. Esses direitos devem igualmente nortear uma releitura da tripartição dos Poderes e das relações entre os Poderes e os cidadãos.

Não é por acaso que os dois casos escolhidos situam-se em uma encruzilhada em que se encontram direitos fundamentais, temas clássicos do Direito Público, e os desafios digitais e climáticos. Por um lado, como ensina Sofia Ranchordas, na era digital a atuação estatal precisa ser permeada de empatia, entendida como valor do edifício estatal e como *“condição necessária para a operacionalização da justiça, para a função jurisdicional baseada em evidências e para a democracia”*.¹²⁰ Por outro lado, como propõe Katalin Sulyok¹²¹, o Estado de Direito e seus pilares precisam ser reinterpretados.

119 Ymre SCHUURMANS, Toeslagenaffaire: outlier of symptom van het systeem?, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2021(6): 205-207.

120 Sofia RANCHORDAS, Empathy in the Digital Administrative State (October 20, 2021). *Duke Law Journal*, Forthcoming, University of Groningen Faculty of Law Research Paper No. 13/2021, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3946487> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3946487>.

121 Katalin SULYOK, A rule of law revolution in future generations' litigation – intergenerational equity and the rule of law in *the Anthropocene in Hungary Working Papers*, Forum Transregionale Studien 14/2023 DOI: <https://doi.org/10.25360/01-2023-00005>.

tados para impor o *design* de políticas de longo prazo no enfrentamento da questão climática, levando em consideração as gerações atuais e futuras.

Se quisermos continuar a caminhar e efetivar os pilares de um Estado Democrático de Direito que busca ser justo e inclusivo teremos, me parece, forçosamente que rever estes mesmos pilares relendo-os com os olhos voltados para os indivíduos, titulares de direitos fundamentais e merecedores de efetiva proteção jurídica, e partindo de relações de confiança entre os Poderes estatais e estes mesmos indivíduos. O papel do juiz na proteção dos direitos e na construção desta relação de confiança não é fácil, mas é crucial.

Os atuais desafios sociais e climáticos são hercúleos. Perder-se o juiz numa crise de identidade entre ser o juiz do caso *Urgenda* ou o juiz do escândalo do auxílio-creche não parece um pecado capital, mas não parece ajudar... Que caminho tomar, então? Como escreve Ymre Schuurmans não se pode ter um juiz inserido numa cultura em que a Constituição e seu sistema de valores não sejam vivenciados na atividade jurisdicional, sob pena deste tornar-se um juiz limitado e que tenha ainda maior dificuldade em se situar e se definir em relação às suas competências e às competências dos demais Poderes.¹²² Ainda que o juiz com competências de controle de constitucionalidade¹²³ não seja a panaceia e não vá “acertar” sempre, parece-nos na atualidade um elemento essencial para garantir o cidadão em face e por meio do Estado, segundo os valores constitucionais, equilibrando direitos fundamentais e democracia.

122 Ymre SCHUURMANS, Toeslagenaffaire: outlier of symptoom van het systeem?, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2021(6): 205-207.

123 Analisando de forma crítica a criação de um “Supremo Tribunal”, vide Aileen KAVANAGH, A New Supreme Court for the United Kingdom: Some Reflections on Judicial Independence, Activism and Transparency (July 28, 2010). *Oxford Legal Studies Research Paper* No. 58/2010, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1649994> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1649994>.