

A JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA NA ALEMANHA: ENTRE TAREFAS CLÁSSICAS E DESAFIOS ATUAIS^{1 2}

ADMINISTRATIVE JURISDICTION IN GERMANY: BETWEEN CLASSIC DUTIES AND CURRENT CHALLENGES

EBERHARD SCHMIDT-AßMANN³

RESUMO: O presente artigo apresenta um panorama da jurisdição administrativa alemã com base em suas principais características, tratando em seguida da constitucionalização do direito processual na esfera da Jurisdição Administrativa. Nos dois itens que seguem são comentadas duas questões clássicas: o problema da legitimidade ativa na esfera do processo administrativo e o problema do controle judicial da discricionariedade administrativa. Por último, são discutidos os novos desafios, incluindo os chamados conflitos baseados em informação. Após discorrer sobre essas questões sob o ponto de vista da relação entre as Ciências Jurídicas Administrativas e a jurisdição administrativa, o artigo conclui que o fórum ideal de discussão entre ambos é uma boa dogmática do Direito Administrativo, que una estabilidade e flexibilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo Alemão; Jurisdição Administrativa; Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa.

ABSTRACT: This article presents a panorama of German administrative jurisdiction based on its main characteristics, dealing then with the constitutionalization of procedural law in the administrative jurisdiction. The two following items comment on two classical issues: the problem of active legitimacy in the sphere of administrative procedure and the problem of judicial review of administrative discretion. Lastly, the paper discusses the new challenges, including the so-called information-based conflicts. After going over these issues from the point of view of the relationship between administrative legal sciences and the administrative

Artigo recebido em 08.11.2014. Artigo aceito para publicação em 19.01.2015 mediante convite.

¹ Texto-base (atualizado pelo autor) de conferência ministrada em ciclo de eventos no Brasil, iniciando por Porto Alegre (Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre), Curitiba (Justiça Federal, Módulo de Direito Administrativo promovido pela EMAGIS do TRF da 4ª Região) e Brasília (Instituto Brasileiro de Direito Público).

² Tradução da primeira versão por Miriam Inês Wecker. Atualização e revisão da tradução com base na versão final enviada pelo autor por Ingo Wolfgang Sarlet (Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre).

³ Professor Emérito de Direito Público na Universidade de Heidelberg, Alemanha.
e.schmidt-assmann@urz.uni-heidelberg.de

jurisdiction, the article concludes that the ideal forum for discussion between both is a good dogmatic of administrative law, one that gathers both stability and flexibility.
KEYWORDS: German Administrative Law; Administrative Jurisdiction; Judicial Review of Administrative Discretion.

SUMÁRIO: I. Introdução: Tribunais administrativos em uma “cultura administrativa legalista”; II. As Principais Características da Jurisdição Administrativa Alemã (panorama); III. Experiências com a Constitucionalização do Processo Administrativo: o papel das garantias de proteção judiciária, em especial do artigo 19, alínea 4, da Lei Fundamental de 1949; IV. A Legitimidade para Acionar a Jurisdição Administrativa: a prevalência da proteção jurídica individual; V. A Exatidão do Controle Jurisdicional: “intensidade do controle” como tema clássico e atual; VI. O Desafio dos “conflitos baseados em informação”; VII. Final: a relação complementar entre a Jurisdição Administrativa e as Ciências Jurídicas Administrativas: Dogmática do Direito Administrativo.

SUMMARY: I. Introduction: Administrative courts in a “legalist administrative culture”; II. The Main Characteristics of German Administrative Jurisdiction (panorama); III. Experiences with the Constitutionalization of Administrative Procedure: the role of judicial protection guarantees, especially art. 19, IV, of the German Fundamental Law of 1949; IV. The Legitimacy to Trigger Administrative Jurisdiction: the prevalence of individual legal protection; V. The Accuracy of Judicial Review: “review intensity” as a classic and current theme; VI. The Challenge of “information-based conflicts”; VII. Final Remarks: the complementary relationship between administrative jurisdiction and administrative legal science: dogmatic of administrative law.

I. INTRODUÇÃO: TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS EM UMA “CULTURA ADMINISTRATIVA LEGALISTA”

Se compararmos as culturas administrativas, podemos dizer que a Alemanha é um representante da “cultura administrativa legalista”.⁴ Culturas administrativas desse tipo têm três aspectos característicos:

a) Elas têm um *peçoal administrativo* de formação essencialmente jurídica.

b) Elas partem da *força de controle da lei parlamentar* em relação à Administração Pública, o que pressupõe uma precisão suficiente das leis.

c) Elas confiam na capacidade dos *tribunais para a solução dos conflitos* entre cidadãos e Administração Pública, de acordo com os critérios legais.

Os tribunais administrativos ocupam uma posição central em culturas administrativas legalistas. Eles asseguram ao cidadão tutela jurisdicional individual e, ao mesmo tempo, operam como uma importante instância de controle (se não a mais importante) em relação ao Poder Executivo. Tal posição central não se conquista repentinamente, “de ontem para hoje”. Muito pelo contrário, ela necessita ser construída aos poucos, mediante percepção cuidadosa das competências atribuídas, além do que a jurisdição administrativa deve estar atenta e se preparar constantemente para fazer frente a novos desafios. Novas possibilidades de atuação da Administração Pública também

⁴ König (Org.), Grundmuster der Verwaltungskultur, 2014.

levam a ajustes nas atribuições dos Tribunais Administrativos. Identificar tais mudanças, não é uma tarefa fácil para os Tribunais, pois isso requer manter certo distanciamento para efeitos de observação, o que o dia a dia dos tribunais não propicia. Por tal razão aqui a ciência do Direito Administrativo assume uma função complementar importante. Retomarei esse tema mais ao final.

Nas etapas seguintes, serão versados cinco temas: primeiramente, apresentarei um panorama da jurisdição administrativa alemã com base em suas principais características (II). Em seguida, falarei sobre a constitucionalização do direito processual na esfera da Jurisdição Administrativa (III). Nos dois itens que seguem serão comentadas duas questões clássicas: o problema da legitimidade ativa na esfera do processo administrativo (IV) e o problema do controle judicial da discricionariedade administrativa (V). A quinta parte se ocupará com os novos desafios, incluindo os chamados conflitos baseados em informação (VI).

II. AS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA ALEMÃ (PANORAMA)

Esta primeira e breve parte traz à tona alguns pontos⁵ que são importantes para o entendimento da conferência:⁶

A Alemanha, como a maioria dos Estados europeus continentais, segue um modelo dualista que distingue entre os tribunais ordinários para o Direito Civil e o Direito Penal e os tribunais competentes para contenciosos administrativos. Os tribunais administrativos na Alemanha, do ponto de vista organizacional e pessoal, são rigorosamente separados do Poder Executivo. Não há formas intermediárias como aquelas apresentadas em alguns dos “tribunais” ingleses. A jurisdição administrativa é, ao lado dos tribunais ordinários, o segundo maior pilar que estrutura o assim chamado “Terceiro Poder”.

Os tribunais administrativos somente exercem funções tipicamente jurisdicionais, diferentemente do que ocorre em outras ordens jurídicas, como é o caso, por exemplo, da França, onde o Conselho de Estado (Conseil d’État), também exerce a função de aconselhar o Governo.

A jurisdição administrativa alemã se subdivide em três segmentos: os tribunais sociais (jurisdição social-*Sozialgerichtsbarkeit*), os tribunais financeiros (jurisdição financeira-*Finanzgerichtsbarkeit*) e os tribunais administrativos gerais, ou seja, a jurisdição geral administrativa (*allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit*), que precisamente constitui o foco da minha apresentação.

No plano organizacional, a jurisdição administrativa é constituída por três instâncias. Basicamente, todos os processos se iniciam nos tribunais administrativos da primeira instância (*Verwaltungsgerichte*) e podem então chegar

⁵ Uma apresentação precisa em língua portuguesa se encontra na extensa obra de direito comparado de Sêrvulo Correia, *Direito do Contencioso Administrativo I*, 2005, 77-121.

⁶ Em respeito à visão brasileira (também direito comparado) Perlingeiro, *Aspekte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Brasilien*, em: *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, Volume 62 (2014), 713 ss.

aos tribunais administrativos superiores dos estados (*Oberverwaltungsgerichte*) por meio do recurso da apelação e, em última e terceira instância, ao Tribunal Federal Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*), por meio da revisão.

A Alemanha é um Estado Federal. Os tribunais administrativos (gerais e especiais, como referido acima) da primeira e segunda instância são tribunais dos “Estados”. Somente a instância superior, de revisão, é um Tribunal Federal. Também os processos envolvendo autoridades federais devem ser resolvidos na primeira e segunda instância perante os tribunais dos Estados da Federação. Por outro lado, as causas que envolvem autoridades estaduais são decididas em instância revisional pelo Tribunal Federal Administrativo. Esse modelo misto se explica pelo fato de que no sistema federal alemão a maioria das leis federais também é executada por autoridades estaduais.⁷

O Direito Processual dos tribunais administrativos está consolidado em uma codificação própria, o Código de Organização da Justiça Administrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung*), de 1960. Tal diploma legislativo distingue-se em pontos essenciais do Código de Processo Civil (*Zivilprozessordnung*), de 1877, especialmente pelo fato de que a Justiça Administrativa tem a obrigação de examinar os fatos e provas de ofício, não estando restrita ao que é ofertado pelas partes.

Além disso, o processo administrativo (processo perante a Jurisdição Administrativa) encontra-se estritamente separado do assim chamado procedimento administrativo, a ser observado pelos órgãos administrativos quando elaboram atos administrativos. O procedimento administrativo encontra-se codificado na Lei do Procedimento Administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*), de 1976. É verdade que ambos os processos têm do ponto de vista histórico-jurídico as mesmas raízes. Hoje, no entanto, eles devem ser separados: o procedimento administrativo na esfera da Administração Pública é multifuncional, ao passo que o processo administrativo no âmbito dos Tribunais Administrativos cumpre apenas uma função central, a saber, possibilitar ao demandante uma tutela jurisdicional efetiva. Eu sei que isso em parte é visto de outra forma no Brasil.

III. EXPERIÊNCIAS COM A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO: O PAPEL DAS GARANTIAS DE PROTEÇÃO JUDICIÁRIA, EM ESPECIAL DO ARTIGO 19, ALÍNEA 4, DA LEI FUNDAMENTAL DE 1949

1. Considerações Iniciais

Passaremos agora à segunda parte da exposição. Essa parte se ocupará em especial com a constitucionalização do processo administrativo para a qual a fórmula da “efetividade da tutela jurisdicional” desempenha um papel central. O desenvolvimento da jurisdição administrativa é em todos os países um ponto de cristalização da evolução constitucional, pois em causa está a

⁷ O cumprimento de leis federais por órgãos da União é a exceção e deve ser expressamente permitido na constituição.

relação elementar “man versus state”. Na Alemanha, as discussões acerca desta questão fundamental remontam à Idade Média. No século XIX, a introdução de uma jurisdição independente em matéria administrativa foi uma exigência da burguesia liberal e que já tinha sido atendida antes da Primeira Guerra Mundial na maioria dos Estados do Império.⁸ A Constituição de Weimar, de 1919, acabou podendo aderir a tais resultados. Após os acontecimentos desastrosos sob a égide do regime do Nacional Socialismo (1933-1945), a esperança da nova constituição, da Lei Fundamental (*Grundgesetz*) de 1949, passou a repousar num catálogo de direitos fundamentais que não mais se limitam a normas do tipo programático, como ainda era o caso sob a constituição anterior, mas que operam como normas diretamente vinculativas e cogentes para os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (Art. 1º, § 3º, LF). Mais adiante foi implementada uma poderosa jurisdição constitucional (Art. 93, LF), além de criada uma garantia abrangente de tutela jurisdicional contra atos do poder público (Art. 19, § 4º, LF).

2. O Direito Administrativo como “Direito Constitucional Concretizado”: uma fórmula recente para a constitucionalização do Direito Administrativo

A garantia da tutela jurisdicional se tornou em pouco tempo a âncora mais importante dos tribunais administrativos e de seu Direito Processual. A evolução jurídica guarda relação íntima com a fórmula “Direito Administrativo é Direito Constitucional concretizado”, da autoria de Fritz Werner, um dos primeiros presidentes do Tribunal Federal Administrativo alemão. Formulada em 1955, ela logo se tornou um paradigma do Direito Administrativo alemão do período do pós-guerra.⁹

Como consequência, todas as áreas do direito especial administrativo (direito do solo e das construções, direito de polícia, direito atinente aos funcionários públicos, etc.) foram examinadas quanto à sua conformidade com a nova constituição, especificamente, com os direitos fundamentais. Além disso, todas as instituições do Direito Administrativo (geral), tais como o ato administrativo, decreto, instruções, etc., tiveram de ser justificadas no que diz com a sua correspondência com a imagem humana da Lei Fundamental, ou se nada mais eram do que uma expressão ultrapassada de “tradições estatais autoritárias” (como, por ex., a figura das “relações especiais de poder”), que não podiam ser mais aceitas. O paradigma do Direito Constitucional concretizado deu vazão a uma enorme energia inovadora nas Ciências Jurídicas Administrativas. Os tribunais administrativos, por sua vez, também seguiram tal ideia.¹⁰

⁸ Sobre o desenvolvimento Stolleis, *Geschichte des Öffentlichen Rechts* Volume II, 1992, 240 ss.; Hufen, *Verwaltungsprozessrecht*, 7ª edição 2008, § 2; Sérvulo Correia, *Direito* (FN 3), 77-91.

⁹ Cf. Schmidt-Aßmann, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2ª edição, 2004, capítulo 1, nota 17 ss. Na tradução em língua espanhola da 1ª edição (Marcial Pons, Madrid 2003), encontram-se as considerações correspondentes nas páginas 15 ss.

¹⁰ Famosa, é a decisão do Supremo Tribunal Federal alemão de 24.6.1954 (coletânea de jurisprudência BVerwGE 1, 159, 161: “O indivíduo está sujeito ao poder público, não como súdito, mas sim como cidadão”): Direito legal a assistência social.

No seu conjunto, o Direito Administrativo alemão antecipou com esse paradigma uma evolução que muitas vezes é designada de “constitucionalização”, mas que hoje abrange muitas outras áreas do Direito, como é o caso do Direito Civil, além de ter influenciado ordens jurídicas de outros Países.

Todavia, o fenômeno da constitucionalização não representou um avanço de todo descomplicado. Especialmente a indefinição dos critérios e a insegurança os métodos tem sido alvo de críticas, designadamente na esfera da concretização dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Além disso, teme-se que o legislador parlamentar perca a sua influência quando os resultados são deduzidos diretamente da constituição e quando tais resultados reivindicam a estatura de Direito Constitucional.¹¹ Também no Brasil encontramos uma crítica da constitucionalização iniciada com a nova constituição de 1988.¹²

3. Especialmente acerca do Mandamento Constitucional da Efetividade da Tutela Jurisdicional no Direito Processual e na Prática dos Tribunais Administrativos

Especialmente para o caso da jurisdição administrativa e do processo administrativo a constitucionalização, contudo, dá pouca margem para críticas. A maioria dos resultados obtidos é hoje em geral aceita. Há duas razões decisivas para tanto:

a) De um lado, a constitucionalização está aqui amparada por um preceito constitucional bem concreto, qual seja, o art. 19, alínea 4, da LF, de acordo com o qual toda a pessoa cujos direitos forem violados pelo poder público tem assegurada o acesso à via judicial. Cuida-se de uma norma (direito) direito diretamente aplicável. Ademais, ela é claramente formulada e especifica os aspectos mais importantes: tutela jurisdicional individual como proteção judiciária que deve ser abrangente e atuante (“efetivo”).

b) A segunda razão para o êxito da constitucionalização da proteção judiciária administrativa reside na boa interação entre os tribunais administrativos e a ciência do Direito Administrativo. Ambos sempre se estimularam reciprocamente. Por outro lado, um controla o outro, de modo que a constitucionalização se dá de forma consciente e com base em métodos. Entre Tribunais e a ciência do direito administrativo se estabeleceu, assim, uma espécie de “discurso constitucionalizador” (*Konstitutionalisierungsdiskurs*). O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, cujos Magistrados provêm em geral metade do Judiciário e metade da Academia, exerce um papel especialmente importante nessa esfera. O legislador confirmou este desenvolvimento: ele conscientemente concebeu o Código de Processo

¹¹ Möllers, em: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Org.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. 2012 Vol. I, § 3, número de margem 13 f.

¹² Krell, Die normative Ausgestaltung des brasilianischen Umweltrechts und die Hauptprobleme seiner methodisch abgesicherten Anwendung, em: Jahrbuch des öffentlichen Rechts, volume 62 (2014), 693 (706 ss.).

Administrativo (O Código da Justiça Administrativa), de 1960, de modo a assegurar a concretização da garantia de uma abrangente e efetiva proteção jurisdicional em sintonia com o direito-garantia do art. 19, § 4º, LF.

Os resultados mais importantes da constitucionalização da tutela jurisdicional administrativa são os seguintes:

- Os tribunais são competentes de acordo com uma cláusula geral: atos de soberania (atos estatais) que não podem ser controlados por causa de seu conteúdo político (“atos de poder imunes ao controle jurisdicional”) não existem mais.

- Os tribunais não têm apenas o poder de anular atos administrativos; eles também podem obrigar a Administração Pública a agir de forma positiva ou mesmo impor-lhe uma omissão.

- Devem existir também tipos de ações apropriadas para casos nos quais alguém queira se defender contra atos normativos administrativos e contra atos concretos da Administração Pública.

- Os tribunais têm a tarefa de controlar integralmente as decisões administrativas.

- A proteção judiciária deve ser assegurada em tempo adequado.

- A implementação das sentenças judiciais deve ser efetiva. Para isso, há regras de como essas sentenças podem ser executadas contra a Administração Pública. Felizmente, contudo, tais regras praticamente não cumprem um papel relevante, pois os tribunais administrativos gozam de grande respeito na esfera pública e uma Administração Pública condenada raramente ousa não cumprir a sentença.

- Por fim, devem existir instrumentos para uma tutela jurisdicional provisória, ao menos, a possibilidade de obter tutela jurisdicional urgente nos tribunais. De acordo com a opinião predominante, a constituição até mesmo impõe que as ações de impugnação tenham um efeito suspensivo, que somente pode ser afastado pela Administração Pública em circunstâncias especiais e por meio de ordem específica.

IV. A LEGITIMIDADE PARA ACIONAR A JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA: A PREVALÊNCIA DA PROTEÇÃO JURÍDICA INDIVIDUAL

A Jurisdição Administrativa na Alemanha está estruturada com base na “decisão sistêmica em favor da proteção jurídica individual”. Ações de caráter coletivo (ações de classe) não são afastadas de todo, mas carece de expressa e especial fundamentação legal¹³. De acordo com o disposto no § 43 inciso 2 da Ordenação Judiciária Administrativa “enquanto outra coisa não tiver sido estabelecida por lei a ação apenas é admissível se o autor alega ter tido seus direitos violados por um ato administrativo ou por meio

¹³ Nesse sentido v. Schmidt-Assmann, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar (Loseblattausgabe: Stand 2014), Art. 19, 4, número de margem 116 e ss.

de sua negativa ou omissão”¹⁴. Em alguns casos o legislador previu uma ampliação da legitimidade ativa, como se dá no caso da proteção do ambiente, hipótese em que entidades coletivas devidamente reconhecidas podem agir contra determinadas decisões da Administração Pública, caso entendam estarem sendo afetadas exigências da proteção da natureza. De todo modo e no conjunto, tais hipóteses legais admitindo ações impetradas por entes coletivos seguem sendo a exceção no âmbito da Jurisdição Administrativa alemã.

A decisão sistêmica pela proteção jurídico-judiciária individual também encontra suporte na já citada garantia fundamental da proteção judiciária consagrada no artigo 19, 4, da Lei Fundamental, mas dela não se constitui em exigência. Ela corresponde à relevância, na condição de direitos individuais, que a Lei Fundamental atribuiu aos direitos fundamentais. O direito subjetivo é, portanto, um instituto dogmático central para todo o processo administrativo. Os direitos subjetivos decorrem especialmente (e primordialmente) do direito ordinário, que, contudo, há de ser interpretado à luz dos direitos fundamentais. Nesse contexto, o direito subjetivo é um poder jurídico personalizado e individualizado, no sentido de movimentar a ordem jurídica para a prossecução dos próprios interesses. A posição jurídica, portanto, deve encontrar seu fundamento numa norma que pelo menos também se destina à proteção dos interesses do legitimado. Tal definição, por certo, é bastante abrangente. Ela permite incluir interesses de terceiros (vizinhos, concorrentes, etc.), de tal sorte que também esses terceiros possam lograr obter proteção jurídica por meio do Poder Judiciário.

Comparando a legitimação para agir na Alemanha com a que tem prevalecido no âmbito da União Europeia ainda assim a situação alemã segue sendo bastante restritiva. A maioria dos Estados europeus limitam-se a exigir que o autor tenha um suficiente interesse (*sufficient interest*) na propositura da ação. Também diretivas da União Europeia impõe aos Estados-membros que, especialmente nos domínios da proteção ambiental e da proteção do consumidor, criem mecanismos para assegurar a legitimidade para entes coletivos. Tal tendência deve ser seguida pelo legislador alemão, mas no seu conjunto a proteção judiciária individual deverá seguir tendo preferência. De acordo com a concepção alemã da proteção jurídica contra a Administração Pública o acesso é mais restrito. Mas uma vez transposta tal barreira, o autor logrará obter junto aos tribunais um controle intensivo das decisões administrativas.

V. A EXATIDÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL: “INTENSIDADE DO CONTROLE” COMO TEMA CLÁSSICO E ATUAL

A questão da intensidade do controle judicial é o segundo dos grandes temas clássicos que dizem com a proteção judiciária na esfera do direito administrativo.

¹⁴ No original: “Soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, ist die Klage nur zulässig, wenn der Kläger geltend macht, durch den Verwaltungsakt oder seine Ablehnung oder Unterlassung in seinen Rechten verletzt zu sein”.

Antigamente ela era tratada sob a figura dogmática do “poder discricionário da Administração Pública”. Na maioria dos outros países esse é também o termo usado. Na Alemanha, contudo, sob a influência da constitucionalização, desenvolveu-se uma dogmática própria.¹⁵ Ela utiliza outros conceitos e levou a um aumento da densidade do controle. Nesse contexto, é possível se falar de uma “divisão de poderes influenciada pelos tribunais”. Também ela é um símbolo da cultura administrativa legalista alemã. Outros países europeus e também o Tribunal de Justiça da União Europeia não vão assim tão longe. Também na Alemanha, por seu turno, há visões críticas em relação a tal fenômeno, às quais eu me filio.¹⁶ No entanto, o Tribunal Constitucional Federal alemão recentemente voltou a confirmar tal desenvolvimento no sentido de um forte controle jurisdicional da Administração Pública.¹⁷ As suas principais diretrizes são as seguintes:

1. O Princípio do Controle Total baseado no Direito

Em termos gerais parte-se do seguinte pressuposto: o controle judicial se dá com base nas normas jurídicas aplicáveis ao caso, sobretudo com base na legislação editada pelo Parlamento, que informam e orientam a Administração Pública. Onde não existe parâmetro jurídico não pode haver um controle judicial. Os Tribunais não são competentes para exercer um “controle total”.

Mas também é verdade que a regulação legal da Administração Pública na Alemanha é relativamente densa. Isso, de um lado, se deve ao fato de que a reserva legal, ou seja, a pergunta de quando a Administração Pública precisa de uma autorização legal para atuar, é definida de modo muito abrangente. Por outro lado, isso é uma consequência da exigência constitucional de determinação das leis, de acordo com o qual o legislador não precisa atingir um nível máximo ou mesmo ótimo de determinação, mas pelo menos uma determinação em patamar suficiente. Cláusulas gerais vagas, que delegam todo o resto ao Executivo, não são permitidas. O legislador deve regulamentar ele próprio as questões essenciais para os cidadãos.

É claro que isso não é possível sem recurso a *conceitos legais indeterminados* (qual termo legal é de fato determinado?). A questão toda é que a indeterminação de um termo legal não restringe a competência de controle dos tribunais administrativos. Também quando da utilização de termos legais indeterminados os tribunais têm a obrigação – de acordo com as três etapas da metodologia jurídica – de eles próprios definirem o termo, investigarem os fatos e realizarem a subsunção. Vale aqui o *princípio do controle completo da aplicação do Direito*.¹⁸

¹⁵ Cf. a seguir Sérvulo Correia, Direito (FN 3), 104-109.

¹⁶ Schmidt-Aßmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee (FN 7) capítulo 4, notas 73 ff.

¹⁷ BVerfGE 129, 1 (20 ss.).

¹⁸ Nesta linha Schoch, em: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Org.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2ª edição, 2012, Vol. I, § 50, número de margem 252 ss.

Com efeito, se existia um “perigo” para a “segurança pública” e se por isso a polícia tinha o direito de agir contra o causador do perigo, é decidido – no caso de litígio entre a polícia e o cidadão envolvido – pelos tribunais com base naquele princípio. O mesmo se aplica quando se indaga se o dono de um estabelecimento é “confiável”, se uma emissão é “aceitável” ou um empreendimento está “apto a receber incentivos”. Se os tribunais não têm os conhecimentos necessários para tanto, devem então consultar peritos externos.

2. Exceções por Força de Especial e Expressa “autorização normativa”

O princípio do controle judicial completo apresenta exceções.¹⁹ No entanto, tais exceções não derivam da circunstância de que a aplicação de um conceito legal indeterminado requer conhecimentos técnicos, econômicos ou ecológicos. Antes sim, essas exceções devem estar previstas na própria lei. O Poder Legislativo, portanto, tem o poder de autorizar a Administração Pública a tomar *decisões vinculativas* para constelações especiais e de reduzir respectivamente o controle dos tribunais.

Isso ocorreu claramente naquelas situações em que as leis não obrigam a Administração Pública a agir, mas prescrevem que ela “pode” agir. Nesses casos, da assim chamada “discricionariedade em relação às consequências jurídicas”, o controle dos tribunais é limitado.

Mas o controle também é limitado ali onde a Administração Pública é incumbida de sopesar de modo abrangente os interesses públicos e os interesses privados, especialmente por ocasião da atividade de planejamento, por exemplo, no caso de obras de urbanização, tudo no âmbito de uma “discricionariedade de planejamento” (*Planungsermessen*).

No mais, as correspondentes autorizações para a atuação discricionária devem ser obtidas mediante a interpretação das prescrições legais correspondentes. Exemplos atuais podem ser encontrados, por exemplo, ali onde a Administração Pública regula amplamente o mercado para serviços de telecomunicação ou para a energia elétrica: a chamada “discricionariedade regulatória” (*Regulierungsermessen*).

3. Critérios para um Controle Judicial Reduzido

Em todos os casos referidos, não se trata, convém frisar, de excluir por completo o controle judicial, mas sim, de reduzi-lo. Com base em que critérios os tribunais devem exercer esse controle reduzido? Para tanto existem vários modelos que, contudo, são parecidos:

a) Em todo o caso, deve-se verificar minuciosamente se a Administração Pública observou o respectivo *Código do Procedimento Administrativo*. O Código do Procedimento Administrativo exerce aqui uma função compensatória para o controle substancial que nesses casos é admissível com restrições.

¹⁹ Schmidt-Aßmann, em: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Art. 19, alínea 4, número de margem 188 ff.

b) Além disso, a Administração Pública deve ter apurado os fatos completa e corretamente.

c) Em terceiro lugar, a Administração Pública deve ter se orientado de acordo com os fins da *respectiva autorização*.

d) Por último, a Administração Pública não deve ter excedido os *limites legais da autorização, aos quais também se soma o princípio da proporcionalidade*: as medidas tomadas pela Administração Pública devem ser apropriadas e necessárias e não devem gerar desvantagens que sejam visivelmente desproporcionais em relação ao resultado almejado.

Se a decisão da Administração Pública se mantiver dentro desses limites, sua atuação deve ser reconhecida pelos tribunais. Os tribunais se limitam aqui a examinar e reconstruir as razões da Administração Pública. Eles não substituem a subsunção levada a efeito pela Administração Pública (o que não ocorre no princípio do controle completo) pela sua própria subsunção. Apesar disso, o controle judicial nesses casos, embora excepcionalmente reduzido, ainda é bastante intenso. Ele vai muito além de um mero controle de discricionariedade segundo o antigo modelo de “*détournement de pouvoir*” ou de um mero “controle de evidência”. De fato, observa-se uma intensificação lenta e gradual dos controles judiciais em outras ordens jurídicas europeias. No entanto, a intensidade do controle alemão (ainda) ocupa a primeira posição. Apesar disso, com base em nossa experiência, é possível afirmar que a intensidade de controle levada a efeito na Alemanha não chegou ao ponto de deixar a Administração Pública “paralisada”. Pelo contrário, em verdade o que ocorreu é que o controle judicial fortaleceu a legitimidade da Administração Pública.

VI. O DESAFIO DOS “CONFLITOS BASEADOS EM INFORMAÇÃO”

Nessa última parte quero abordar o tema de como os tribunais administrativos são desafiados por um tipo especial de litígio entre a Administração Pública e os cidadãos, por mim chamado de “conflitos baseados em informação” (*Informationsbasierte Konflikte*)

1. O que são conflitos baseados em informação?

Em conflitos dessa natureza não está em jogo (ou pelo menos não em primeira linha) a decisão sobre o mérito do caso pela Administração Pública, mas sim, como a Administração Pública obtém e lida com informações. Portanto, para ilustrar a questão, o problema aqui não é se um alvará de construção deve ser emitido, uma subvenção concedida ou uma proibição policial suspensa. As questões que de fato importam, por exemplo, são se a Administração Pública pode apurar determinadas informações, se ela pode repassar informações a terceiros ou se ela deve permitir o acesso às suas informações. A proteção de dados pessoais, a proteção de segredos empresariais e de Estado, “*freedom of information*”, “*naming and shaming*” são tópicos que caracterizam esse tipo de conflito.

Do ponto de vista sistemático, conflitos baseados em informação são objeto de um “Direito Administrativo da Informação”, cuja crescente relevância para todo o Direito Administrativo constitucionalizado foi corretamente definida pouco tempo atrás.²⁰ Trata-se de uma reação ao especial potencial de controle e ao especial potencial de risco que as informações têm. Note-se que tão logo informações são levantadas pela Administração Pública, e, sobretudo, quando tais informações são encaminhadas a terceiros pela Administração Pública, é praticamente impossível recuperar essas informações. Os conflitos baseados em informação são, além disso, frequentemente conflitos “multipolares”, nos quais duas pessoas físicas se colocam em face da Administração, cada uma reivindicando posições jurídicas contrárias.

Dada a abrangência do fenômeno, comentaremos a seguir somente um pequeno recorte. A pergunta a ser levantada é se o Direito Processual Administrativo e os seus instrumentos são adequados para assegurar uma tutela jurisdicional efetiva em conflitos baseados em informação.

2. O Problema de uma Tutela Jurisdicional Temporária

Uma primeira pergunta diz respeito ao problema de se é possível a tutela jurisdicional ser obtida a tempo. Isso parece ser duvidoso em duas constelações:

a) A Administração Pública não deve simplesmente “partir para o ato”

Chamarei a primeira constelação de situações de “A Administração Pública parte simplesmente para o ato”. Essa formulação remete a Otto Mayer, chamado frequentemente de o “pai” do Direito Administrativo alemão. Quando Mayer elaborou o seu Direito Administrativo no Estado de Direito,²¹ ele mostrou o quanto é importante que a Administração Pública, antes de intervir em direitos dos cidadãos, emita primeiramente uma *decisão* que tenha uma forma jurídica fixa e que deva ser comunicada à pessoa envolvida (destinatário). O resultado dessa construção é o “*ato administrativo*” que somente pode ser imposto compulsoriamente contra a pessoa em questão numa segunda etapa.

O ato administrativo ainda hoje ocupa lugar central na esfera da prática administrativa. A maneira como a tutela jurisdicional efetiva pode ser obtida contra ele está detalhadamente regulada no Direito Administrativo: por meio de contestação e de ação de impugnação, as quais, de regra, possuem um

²⁰ Agora, em caráter de síntese, Ino Augsberg, Informationsverwaltungsrecht, 2014; assim como Vesting, em: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Org.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, volume II, § 20; antigamente já Schmidt-Aßmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee (FN 7), capítulo 6, notas 3 ss., com referências adicionais. V. Também Pitschas, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann/Schuppert (Org.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, p. 219 e ss. De modo atual também Pitschas, in: Javier Barnes (Ed.), Innovación y reforma en el derecho administrativo, 2ª ed., 2012, p. 189 e ss. Essa obra, especialmente mediante as contribuições de Schmidt-Assmann (p. 21 e ss.) e Vosskuhle (p. 141 e ss.), informa sobre outros temas envolvendo a atual discussão alemã sobre a reforma do direito administrativo.

²¹ Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 2 Volumes, 1ª edição, 1895. Sobre Mayer em detalhe Stolleis, Geschichte des Öffentlichen Rechts, Volume II, 403 ss.

efeito suspensivo, impedindo dessa forma a execução compulsória.²² Deve-se exigir que a Administração Pública basicamente também ali onde ela não quer ordenar ou proibir nada à pessoa em questão, mas sim se valer de seus direitos por meio de coleta de informações, emita antes uma decisão formal, isto é, um ato administrativo para que a pessoa em questão tenha a chance de se posicionar contra ele. O mesmo se aplica a casos em que a Administração Pública quer repassar dados pessoais ou empresariais ou quer, por exemplo, publicar “informações de consumidores” na internet.

Nos casos em que essa via não pode ser eleita, ou seja, quando uma ação de impugnação não é admissível, é necessário que o Direito Processual preveja outros tipos de ações. O Direito alemão dispõe de ação de cessação (tutela inibitória) e de ação de conhecimento. Ambas as ações também são admissíveis como ações cautelares. Porém, diferente da ação de impugnação, elas não têm efeito suspensivo. O demandante precisa solicitar ao tribunal uma medida provisória. Os tribunais têm a obrigação de conceder generosamente essa forma da tutela jurisdicional provisória. Os danos que podem ocorrer devido à atividade de informação da Administração Pública são grandes, pois, uma vez que informações se tornaram públicas, estas normalmente não podem ser mais removidas.

3. Coleta em Segredo de Informação: o problema da “reserva de jurisdição”

Mais difícil ainda é uma tutela jurisdicional efetiva em face de informações secretamente apuradas pela Administração Pública, valendo-se para tanto de meios eletrônicos. Mesmo em um Estado de Direito, não há como renunciar totalmente a esse tipo de ação estatal secreta, por exemplo, como no combate a crimes graves. Especialmente em virtude do combate ao terrorismo internacional, o legislador parlamentar proveu a Administração Pública de competências, para, em casos extremos, decretar o monitoramento eletrônico de residências, o que representa uma grave infração do direito fundamental da não violação da esfera privada.²³ Estabeleceu-se que a Administração Pública, antes de cometer tais intervenções no âmbito de proteção de direitos fundamentais, carece de autorização judicial.²⁴ Sem uma decisão judicial, a Administração Pública somente pode agir em casos de “perigo em virtude da demora”.

A assim chamada “reserva de jurisdição” representa uma forma de tutela jurídica preventiva. A prática mostra, porém, que os juízes competentes não examinam suficientemente o caso e que talvez até se identifiquem muito

²² Muitas vezes, a Administração Pública tem até a obrigação de juntar ao ato administrativo uma instrução de como se pode obter tutela jurisdicional contra ele, como por exemplo para atos administrativos de autoridades federais no § 37, alínea 6, Lei do Procedimento Administrativo.

²³ A Lei Fundamental foi complementada com uma emenda constitucional, Art. 13, alínea 3-6, com a maioria requerida.

²⁴ Neste caso, a competência não recai sobre os tribunais administrativos, mas sim sobre os tribunais ordinários que também são competentes por exemplo para as decisões sobre a decretação de prisão (Art. 104, GG).

rapidamente com os interesses da Administração Pública. Tais competências especiais são sempre um problema. As práticas com tribunais secretos na contraespionagem dos EUA demonstram isso ainda com mais veemência. Por isso, hoje em dia, reconhece-se que a reserva de jurisdição é apenas uma primeira etapa no âmbito de uma tutela jurisdicional efetiva. Se não existir (ou não existir mais) uma razão para manter em sigilo a coleta da informação, a Administração Pública tem o dever de informar isso à pessoa afetada. Ela deve lhe assegurar a possibilidade de propor ação perante os tribunais administrativos no sentido de que o levantamento sigiloso da informação foi ilegal. Essa ação pode ser seguida de ações de indenização ou mesmo de cancelamento ou retificação das informações apuradas.

4. O Tratamento de Informações Sigilosas no Processo Administrativo: “processo a portas fechadas” (in-camera-Verfahren)

Gostaria de discutir brevemente um segundo problema no âmbito dos conflitos baseados em informação. Cuida-se de saber como o tribunal deve proceder quando a Administração Pública apresenta – em um processo – como fundamentação, que determinadas informações representam um segredo de Estado? Antigamente, bastava que a autoridade provasse ao tribunal as suas motivações para essa afirmação, visto que ela não precisava apresentar os respectivos documentos ao tribunal. No entanto, o Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu que com isso se estaria a negar aos demandantes uma tutela jurisdicional efetiva. Por meio de uma alteração no Direito Processual foi necessário introduzir um processo especial a portas fechadas: nesse processo, a Administração Pública tem que apresentar todos os seus arquivos a um senado especial do tribunal, que, por sua vez, deve manter sigilo absoluto. Na sequência, o tribunal decide se realmente há um sigilo a ser protegido, de modo a impedir que outras partes consultem os autos.

Se a proteção de sigilo for negada, a Administração Pública terá que comunicar ao tribunal do processo as informações e todas as partes poderão consultar os autos. Todavia, se a proteção do sigilo for reconhecida como juridicamente legítima, o tribunal do processo não terá conhecimento das informações em questão. O tribunal do processo deve então, de acordo com as regras gerais, decidir sobre a distribuição do ônus da prova no processo administrativo.

Hoje em dia se controverte se tal regulamentação garante uma tutela jurisdicional efetiva ou se, pelo contrário, infringe a constituição. Esta disputa é travada no âmbito da jurisdição e da doutrina jurídico-administrativa.²⁵ Soluções adequadas somente serão encontradas quando ambos os lados contribuírem para isso. Isso vale para o tema dos conflitos baseados em informação, mas também se aplica a todos os desafios modernos com os quais os tribunais administrativos se veem confrontados.

²⁵ Exposições sobre o assunto em Schoch, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Org.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Volume III, § 50, número de margem 245 ss.

VII. FINAL: A RELAÇÃO COMPLEMENTAR ENTRE A JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA E AS CIÊNCIAS JURÍDICAS ADMINISTRATIVAS: DOGMÁTICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Volto agora a um tema que comentei introdutoriamente e que para mim tem especial importância: a relação entre a jurisdição administrativa e as Ciências Jurídicas Administrativas. Tal relação deve ser de boa cooperação, no sentido de uma relação de complementariedade.²⁶ A ciência não deve se movimentar isolada e mediante divagações teóricas abstratas. Contudo, ela também não deve apenas apresentar e comentar de modo descritivo a atuação do Poder Judiciário. Pelo contrário, ela deve de fato analisá-lo e situá-lo em termos de sua evolução, de modo a veicular orientação. Para tanto são também necessários conhecimentos da História do Direito e do Direito Comparado. Da mesma forma, é necessário apostar na intuição, na inovação e na força para a formação de um sistema.

O fórum de discussão ideal entre ambos, entre as Ciências Jurídicas Administrativas e a Jurisdição Administrativa, é, por isso, uma boa *dogmática do Direito Administrativo*.²⁷ Uma boa dogmática une e concilia estabilidade e flexibilidade. Cuida-se, ademais, de uma tarefa comunitária da qual a legislação e a prática administrativa participam. Mas os agentes principais são e permanecem sendo as Ciências Jurídicas Administrativas e a Jurisdição Administrativa.

²⁶ Nesse contexto, do ponto de vista prático, parece ser importante uma interação de funcionários: juízes são muitas vezes docentes contratados ou professores honorários em Faculdades de Direito e têm dessa forma participação na doutrina acadêmica. Não raras vezes, professores de Faculdades de Direito são juízes em tribunais superiores; o exercício da advocacia não lhes é permitido.

²⁷ Schmidt-Aßmann, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, 2013.