



Tati Rivoire

O SISTEMA DE CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A CODIFICAÇÃO DA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA*

Siegfried Bross

Tradução de Martim Vicente Gottschalk

*Conferência proferida no Seminário "Princípios Fundamentais e Regras Gerais da Jurisdição Administrativa", realizado nos dias 22 e 23 de agosto de 2006, no auditório da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense – UFF, em Niterói-RJ.

RESUMO

Aduz que o controle judicial da Administração Pública tem por objeto verificar se a vontade do legislador foi praticada de acordo com suas próprias normas e sob a observação das diretrizes constitucionais pertinentes, tratando-se sempre de encontrar um equilíbrio adequado entre interesses públicos e privados.

Entende que o controle judicial da Administração Pública em um Estado democrático de Direito somente será efetivo e exercerá sua função de ponte entre o poder estatal e os cidadãos se não existirem reservas e imunidades em favor do poder público, e que a implementação desse controle só será possível se houver jurisdição especial familiarizada com o sistema.

Considera, ainda, que a formatação de uma jurisdição administrativa para o controle da Administração Pública dar-se-á, preferencialmente, de acordo com a área de atuação, tendo em vista os interesses divergentes não só do Estado, mas da comunidade.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Administrativo; jurisdição administrativa; controle judicial; Administração Pública; República Federal da Alemanha; poder público; Estado – unitário, federal.

1 CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O controle judicial da Administração Pública depende da estrutura do Estado. Essa estrutura deve ser analisada sob dois aspectos: primeiramente, trata-se de saber se estamos diante de um Estado unitário ou de um Estado federal e, posteriormente, se se trata de um Estado de Direito do tipo moderno. Esses elementos estruturais devem estar presentes tanto na esfera federal quanto na estadual.

O Estado moderno de Direito se caracteriza pelo exercício do poder estatal por órgãos independentes, quais sejam, os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo. Essa formulação, retirada do art. 20, inc. 2, alínea 2, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, encontra-se de forma idêntica ou assemelhada em todas as constituições modernas que pretendam garantir a existência de um Estado de Direito. Tal divisão de poderes do Estado só faz sentido e só é efetiva se esses poderes conseguirem limitar-se e controlar uns aos outros, de forma que nenhum deles seja colocado em condições de escapar da rede de poderes estatais e se tornar auto-suficiente.

Mesmo assim, parece claro que se deva definir uma hierarquia dos poderes do Estado e que o Parlamento, ao qual cabe, por delegação de eleições livres e democráticas, a produção de leis, é o órgão superior do Estado, vindo antes do Poder Executivo e do Poder Judiciário. O Parlamento é fiscalizado principalmente pelos eleitores, por meio do mandato restrito a um determinado período, e deve assim se sujeitar, de tempos em tempos, ao controle daqueles por meio das eleições. Isso não acontece regularmente com os Poderes Executivo e Judiciário se seus membros não forem assim eleitos. Não se vislumbram vantagens em tal situação, pois é adequada para gerar dependências ainda maiores caso o Estado de Direito funcione – do que na hipótese de indicação por órgãos estatais.

36

(...) o Judiciário, por ocasião do controle da Administração Pública, deve assegurar, sobretudo, que a vontade do legislador parlamentar, baseada diretamente na delegação conferida pelos eleitores, esteja sendo exercida corretamente sobre a população.

Os Poderes Executivo e Judiciário, por sua vez, podem ser freados pelo legislador e sujeitos a seu controle imediato se estiverem comprometidos com a Constituição e com as leis. Isto significa que os Poderes Executivo e Judiciário não devem operar independentemente da Constituição e do legislador.

Mesmo no Estado democrático de Direito, o sistema constitucional de controle tem, em algum momento, seu fim – a cadeia de controles se exaure. Logicamente não pode haver controle infinito. Em algum momento se atinge o último elo dessa cadeia, e isso em última instância. Para não permitir que tal mecanismo se torne muito moroso, são necessários caminhos de controle curtos entre os Poderes, e poucas instâncias de controle dentro do sistema. Conseqüentemente, faz-se necessário que o Executivo esteja sujeito ao controle judicial, e, além disso, que, pelo menos, o primeiro escalão desse Poder (entendido como a esfera de governo) se submeta ao controle parlamentar. Pode-se, entretanto, alegar que a divisão de poderes será imperfeita se apenas o Poder Executivo, e

não o Judiciário, estiver sujeito ao controle por outro Poder. Tal crítica é incompleta, pois ignora que o Executivo está integrado diretamente ao poder estatal, como uma extensão do braço do governo, nas esferas federal e estadual, exercendo, assim, sobre as pessoas, o poder estatal. Isso pode acontecer de forma a conferir contornos às pessoas, a proporcionar benefícios ou a impor-lhes ônus, por exemplo, pela limitação da liberdade individual. Em nosso caso concreto, isso não ocorre com o Judiciário. Ele não exerce nenhum poder estatal sobre as pessoas, mas verifica se o poder estatal está sendo exercido sobre elas de acordo com as normas constitucionais e democraticamente legais. Isso significa que o Judiciário, por ocasião do controle da Administração Pública, deve assegurar, sobretudo, que a vontade do legislador parlamentar, baseada diretamente na delegação conferida pelos eleitores, esteja sendo exercida corretamente sobre a população. É menos importante neste contexto a garantia da divisão dos Poderes.

Em razão de o Judiciário monitorar, por ocasião do controle da Administração Pública, a conformidade do exercício do poder estatal com a Constituição e com a legislação, pode-se chamá-lo de “irmão mais novo” ou “irmã mais nova” da jurisdição constitucional. Deve-se, porém, atentar para o fato de que normalmente a medida para o controle da jurisdição constitucional é a própria Constituição e as regras que lhe são equivalentes – como, por exemplo, as do Direito Internacional Público –, enquanto o Poder Judiciário, por ocasião do controle da Administração Pública, pode e deve fazer verificações abrangentes, pois se trata de averiguar a conformidade dos atos da Administração com as leis e outras regras abstratas, como, por exemplo, na República Federal da Alemanha, os decretos e estatutos.

1.2 ESFERA MACRO

No caso de um Estado federal, devem ser diferenciadas exatamente as diversas esferas de competência legislativa. Normalmente existe a esfera do Estado central, a dos estados federados e – como na Alemanha –, na esfera dos estados federados, a esfera de competência legislativa dos municípios e de suas unidades maiores (distritos, conurbações). A esfera municipal não dispõe de competência legislativa em sentido estrito, mas pode expedir estatutos municipais ou mesmo decretos. Estes estarão sempre abaixo das leis, independentemente de haver delegação de competência em lei federal ou estadual. Porém, na Alemanha, por motivos constitucionais, a intervenção do Estado central nos municípios não é permitida, de forma que o conjunto do Direito municipal se encontra sujeito ao Direito estadual. Paralelamente deve-se considerar, em caso de participação em organizações supra-estatais, que existe o Direito supranacional, aplicado pelo Poder Executivo. Tal fato deve ser levado em conta ao tratar-se da questão do controle da Administração Pública.

Diante de tal quadro, deve-se primeiramente considerar, com relação ao controle judicial da Administração Pública, o objeto desse controle e as diferenças entre a organização da Justiça em um Estado unitário e em um Estado federal. Contemplo duas possibilidades de organização da Justiça, encontrando-me aqui influenciado pela organização da Justiça alemã. Provou-se muito útil a localização do Poder Judiciário nos estados federados e apenas a dos tribunais superiores no Estado central – estes tão-só como instância de revisão. Tribunais superiores federais em áreas nas quais é vedada a jurisdição aos

estados federados são apenas os tribunais de patentes e os tribunais militares.

A decisão sobre a organização da Justiça em duas ou em uma classe é principalmente uma questão de utilidade. Porém, também questões ligadas à oneração de um tribunal, sua proximidade local e a segurança jurídica desempenham papel importante. É justamente no controle judicial da Administração Pública que não se deve subestimar a questão da proximidade do tribunal. Assim, os tribunais conquistam a confiança das pessoas e torna-se possível ao Estado se abrir para os cidadãos. Precisamente em períodos pós-totalitaristas, deve-se conferir a esse aspecto a maior consideração, pois, no caso de organização judicial descentralizada de uma única instância, existe a possibilidade de conquistar os cidadãos para as causas do Estado de Direito, para que o encarem de forma aberta e confiante. Se os cidadãos têm de andar muito longe para chegar ao tribunal, freqüentemente falha já aí a percepção das possibilidades de ajuda que o Estado de Direito oferece, seja por falta de recursos, seja por preocupação relativa ao “que me espera lá”. A experiência demonstra que as pessoas se organizam em pequenos espaços, e isso de forma mais acentuada quando a divisão do bem-estar é desigual. Pobres não são tão móveis e muito menos familiarizados com as questões internacionais, em sentido positivo.

Em caso de organização descentralizada da Justiça de primeira instância, a existência de um tribunal superior na esfera estadual é imprescindível para que não surjam divergências legais devidas a decisões judiciais contraditórias. Cabem ao tribunal superior a construção e a manutenção, na esfera estadual, da segurança e da unicidade jurídicas. Nele também deveria estar concentrada a última palavra em relação ao Direito estadual. Em um Estado federal, para manutenção desse elemento estrutural, os tribunais federais só deveriam verificar o Direito federal, e não o Direito estadual. Entretanto, não vale a assertiva de que os tribunais estaduais ou mesmo o tribunal superior estadual não deva aplicar Direito federal. Ao contrário – faz parte da competência do legislador garantir a unicidade legal do Direito federal dentro das instâncias por meio da abertura da instância de revisão em caso de divergências. Todos os tribunais, independentemente de serem estaduais ou federais, devem aplicar o Direito supranacional e respeitá-lo.

O controle da Administração Pública requer ainda outras decisões. Cabe decidir se ele deve ser confiado à jurisdição geral, ou seja, à jurisdição competente para exercer o poder estatal de polícia e decidir sobre litígios de Direito Civil entre particulares. Em princípio nada se opõe a isso. Porém, já nos primórdios da discussão sobre como formatar o controle judicial da Administração Pública, há de se considerar os critérios procedimentais segundo os quais isso deve acontecer. Cabe, ainda, a reflexão sobre quais fundamentos caracterizam um litígio civil e quais caracterizam um processo criminal. A constatação será a de que, na esfera macro de um Estado democrático de Direito, na relação entre Estado e cidadão, dependendo do contato existente entre ambos, as garantias básicas elementares que são basilares a qualquer Estado democrático de Direito não serão idênticas.

O exercício do poder de polícia é a intervenção mais intensa do Estado na vida dos cidadãos, o que é legítimo, pois o Estado deve garantir ordem, segurança e paz no território, e oferecer a seus cidadãos uma pátria e uma proteção abrangente.

O exercício do poder de polícia é a intervenção mais intensa do Estado na vida dos cidadãos, o que é legítimo, pois o Estado deve garantir ordem, segurança e paz no território, e oferecer a seus cidadãos uma pátria e uma proteção abrangente. Na prática isso não acontece necessariamente. Esse não é um argumento contra o Estado democrático de Direito, mas uma característica da natureza humana. Porém, diante desse fato, não podemos capitular. Assim, para o exercício do poder estatal e para a formatação do processo penal, deve-se partir da máxima oficial. O pólo contrário representa o litígio civil, no qual sujeitos privados em situação de igualdade apelam ao tribunal. Aqui o interesse estatal se reduz consideravelmente. Porém, mesmo na esfera dos sujeitos privados em condição de igualdade, existem constelações que permitem vir à tona o interesse estatal, e por isso requerem a relativização da autonomia privada no litígio civil. Trata-se aqui, por exemplo, de litígios relativos ao matrimônio (divórcio, partilha), guarda paterna, e também daqueles relativos à herança, devido aos valores patrimoniais envolvidos. Pode-se citar ainda as insolvências

as, a proteção do consumidor e os litígios relativos ao inquilinato.

As últimas constelações foram propositalmente inseridas no final dessas considerações, por mostrarem claramente o que não está em evidência, mas que não deve ser desprezado, ou seja, o fato de que qualquer jurisdição democrática só merece tal predicado se as relações sociais respeitarem o conjunto abstrato de normas. Isso significa que, em caso de disparidades acentuadas no padrão de bem-estar, que excluam parcelas consideráveis da população da percepção individual não só de direitos, mas também de posições sociais (educação, profissão e cultura), são tais exigências respeitadas somente de forma teórica e abstrata. A realidade e o cotidiano têm pouco em comum com o Estado democrático de Direito.

As considerações anteriores nada têm

a ver com uma acusação de cunho moral. Não se trata de lamentar e reclamar da “injustiça” no mundo. Sem juízo de valor e sem qualquer componente moral, objetiva-se mostrar que a implementação de um sistema de controle judicial da Administração Pública em um Estado democrático de Direito só é possível se houver uma jurisdição especial familiarizada com o sistema. O controle judicial – entendido aqui não no sentido de uma aristocracia ou oligarquia, mas como monopólio do interesse objetivo, ou seja, do bem da comunidade – não pode ser enquadrado no âmbito de um processo penal ou civil, conforme exposto anteriormente. É preciso procurar outras regras. Em contrapartida, também o interesse individual no controle judicial da Administração Pública deve ser definido de outra forma. O interesse individual não pode ser equiparado ao interesse de uma das partes em um processo criminal ou civil. No controle judicial da Administração Pública, não se trata de impor unilateralmente o interesse público, ou seja, o interesse do poder estatal. Essa seria uma visão errônea da situação de partida. Trata-se de garantir, por meio do controle judicial, que a vontade do legislador e a or-

dem constitucional sejam praticadas correta e independentemente de influências de terceiros. A jurisdição incumbida dessa tarefa e a Administração Pública constituem uma unidade formal sob a ótica do exercício do poder estatal, o que não tem a ver com cumplicidade e muito menos com arbitrariedade do Estado no exercício de suas prerrogativas, pois ele poderia se impor não só pela esfera administrativa, mas também por meio de uma jurisdição de controle da esfera administrativa. O charme e a substância para o Estado democrático de Direito, acima do controle judicial do poder público, está na garantia, por meio de uma terceira instância, de que a vontade objetiva do legislador democraticamente legitimado seja exercida por meio da Administração Pública, sob o controle de tribunais independentes.

Para o início e a conclusão de um processo de controle judicial da Administração Pública, deve ser evidentemente previsto o princípio da disposição. Se alguém se sentir prejudicado pela Administração Pública, será sua decisão personalíssima aceitar a violação de direito ou se opor a ela.

Nesse contexto, o controle judicial adquire uma dimensão multifuncional. A primeira é a do controle da legalidade, o qual, com relação à intensidade, pode ser diferenciado. Uma jurisdição independente é uma das pedras angulares do Estado democrático de Direito – isso é muito importante e merece destaque em Estados com pouca tradição de Direito. Além da participação em pleitos eleitorais, os cidadãos não têm outra possibilidade de “controlar” o Estado. Também não lhes é possível vislumbrar os mecanismos estatais de decisão e suas instâncias. Por esse motivo, pode surgir nos cidadãos o sentimento de estarem sem forças e totalmente sujeitos ao poder estatal. No cotidiano, isso significa que a desconfiança pode vir a ser alimentada, com incentivo a que o poder estatal seja negado e até ativamente combatido – especialmente em sociedades onde existam grandes disparidades de bem-estar e diferenças muito grandes relativas à participação dos cidadãos na repartição de renda. Nesse cenário, o controle judicial da Administração Pública adquire nova dimensão. Somente uma jurisdição independente pode diminuir, por meio do poder estatal, o fosso que separa os cidadãos da esfera abstrata do legislador.

Essa constatação significa, ao mesmo tempo, que não é suficiente conferir o controle da Administração Pública às jurisdições penais e civis já conhecidas mundialmente há bastante tempo. Por causa dos interesses especiais entre a esfera estatal mais elevada – o legislador – e a Administração Pública – que opera de acordo com suas diretrizes –, desde a esfera governamental até o contato direto com o cidadão, é imprescindível a existência de uma jurisdição especial para a solução adequada do problema da organização do Estado. A formatação das normas processuais dessa jurisdição especial deve estar sujeita a regras também especiais, as quais deverão respeitar o interesse público relativo à aplicação e à manutenção das diretrizes do legislador, além de respeitar os interesses individuais relativos à observância estrita da Constituição e das diretrizes do legislador. Tendo isso em vista, parece evidente que nem as normas basilares de um litígio de Direito Civil, nem o princípio geral do processo penal podem ser aplicados. Para fins de esclarecimento e para evitar mal-entendi-

dos, aprez-me – com a devida discricção, mas também com a devida ênfase – chamar a atenção para o fato de que não considero “de direito”, no sentido dado em meus pronunciamentos, um processo penal que contenha elementos do princípio do contencioso, de acordo com um processo de Direito Civil.

Considero menos importante se o controle judicial da Administração Pública deve ser dividido entre diversas jurisdições, de acordo com a área administrativa. Na República Federal da Alemanha, conhecemos a jurisdição administrativa geral e duas jurisdições administrativas especiais – a social e a tributária. Basicamente, a jurisdição tributária é responsável pelos litígios de ordem tributária, cujos números demonstram que os mais importantes dizem respeito ao imposto de renda, ao imposto sobre o valor agregado e à aduana. A abrangência da jurisdição social é enorme, visto que, na Alemanha, nos últimos 30 a 35 anos, o número de desempregados e pobres aumentou para 4,5 milhões – estima-se em 7 milhões informais –, numa população de 82 milhões de habitantes. Com relação à segmentação das jurisdições dentro do controle judicial da Administração Pública na República Federal da Alemanha, talvez seja suficiente dizer que, em várias décadas, houve repetidos esforços para unir essas jurisdições por meio de um regulamento processual uniforme. Porém, não se pode ignorar que, em caso de diferenciação acentuada do Direito material, o Direito Tributário, o Direito social e ainda as matérias remanescentes, sujeitas à execução pela Administração Pública, seguem os mais distintos interesses.

Dado o princípio do Estado social da República Federal da Alemanha, contido no inc. I do art. 20 da Lei Fundamental, é evidente que os princípios processuais a ele se adequem, pois o pobre e o necessitado requerem proteção e assistência do Estado, que são realizadas por meio da Administração Pública. Assim, num processo judicial, não se trata de impor interesses de cunho fiscal, pois o pobre e o necessitado requerem recursos financeiros do Estado. O princípio do Estado social exige, antes, que lhes seja prestado auxílio dentro dos limites do possível. Desse modo, os tribunais competentes devem verificar se a Administração Pública aplica de forma correta as diretrizes legais. Portanto, não se pode deixar ao acaso, não importando se o demandante está representado por um advogado especialmente capacitado, ou coisas do gênero.

Aqui aparece, além da obrigação da Administração de prestar assistência, a obrigação de controle por parte dos tribunais competentes. Em tal situação de interesses, são inadequados os fundamentos processuais oriundos do litígio civil, do processo penal e também de outros litígios de Direito Administrativo. Com relação a isso, trata-se de avaliar se o controle da Administração Pública não deveria ser dividido entre várias jurisdições, de acordo com o assunto principal. Também não se trata de fraude se um Estado democrático de Direito atentar de forma exacerbada para que, na execução da legislação tributária, não haja “contribuintes espertos” que aumentem ainda mais as brechas legais existentes. Com relação a isso, não acredito que fundamentos processuais (por exemplo, no apelo a benefícios sociais) possam ter a mesma qualidade do apelo a benefícios fiscais. É óbvio que, tanto no apelo a benefícios sociais do Estado quanto no apelo a benefícios fiscais, o princípio da igualdade deve estar no centro da verificação judicial; mas também é evidente que, na esfera do bem-estar social, lida-se quase sempre com demandantes aos quais a questão de pagamentos de impostos não se aplica, pois são pobres e se encontram à margem da sociedade.

As considerações anteriores pretenderam tornar claro que o

controle da Administração Pública em um Estado moderno e democrático de Direito tem uma função complementar. O Estado democrático de Direito só se impõe e só alcança as pessoas cujo bem-estar dele dependa se o exercício do poder estatal sobre o processo legislativo parlamentar e o Poder Executivo forem assegurados por meio de um controle judicial independente, especial e adequado às características dos poderes estatais. Portanto, o controle judicial da Administração Pública não significa que o Estado e os poderes estatais sejam menosprezados. Mas também não implica que, por meio de jurisdição estatal, uma “cumplicidade” seja coroada com a chancela da despreocupação do Estado de Direito. Isso seria errôneo. Para evitar tal situação, é necessária outra garantia da jurisdição. Como exemplo de trincheira contra as influências ilegais, pode-se citar a independência pessoal e financeira dos membros do Poder Judiciário, bem como sua estabilidade e inamovibilidade. Os perigos das influências corruptoras devem ser combatidos por meio de provimentos financeiros adequados às posições jurídicas.

Entretanto, demonstram essas considerações que não é suficiente a instalação de uma jurisdição independente. É necessário o apoio da mídia e da ciência, bem como de instituições estatais que estejam sujeitas ao controle judicial. O Estado democrático de Direito moderno encontra aprovação se não temer nem o controle judicial das decisões estatais, nem a transparência dos processos decisórios estatais.

1.3 ESFERA MICRO

O controle da Administração Pública por meio de tribunais independentes só terá sucesso se os fundamentos processuais forem adequadamente concebidos. Não é necessário esclarecer que o princípio do contencioso, que tradicionalmente caracteriza o litígio civil, não é adequado aos interesses de um litígio que envolva o controle judicial da Administração Pública. Pergunta-se: por que o controle judicial da Administração Pública tem por objeto, exclusivamente, verificar se a vontade do legislador foi praticada de acordo com suas próprias normas e sob observação das diretrizes constitucionais pertinentes? Essa questão independe de se tratar de intervenção, desempenho ou disposição da Administração estatal. Os interesses são distintos do processo civil – privado contra privado – ou do processo penal – Estado

contra o acusado – ou de outra forma: na esfera da Administração Pública, o Estado jamais impõe apenas interesses públicos, nem apenas interesses privados. Trata-se sempre de encontrar um equilíbrio adequado entre interesses públicos e privados, de acordo com as prescrições legais. Isso é notório em um país como a Alemanha, que, devido à densidade populacional, está sujeita a diversos conflitos na esfera da proteção do meio ambiente (ocupação territorial, fornecimento de água, tratamento de esgotos, poluição atmosférica). Esses problemas atingem seu país supostamente em regiões urbanas, mas nesse caso se trata especificamente de como são utilizados os recursos naturais aqui disponíveis, como são divididos, como são utilizados de forma sustentável para as gerações futuras e em relação ao clima global.

Se, a respeito disso, ocorrerem litígios entre privados e órgãos públicos, por causa de decisões tomadas por estes, não se tratará mais apenas de interesses exclusivamente estatais ou privados. Em tais casos, está em jogo o bem-estar da comunidade, a paz social, que hoje não só na esfera local, mas também nas esferas nacional e mundial se encontra em estágio final. Essas constelações fogem aos princípios válidos para litígios de cunho civil e penal. Para isso, é necessária uma sensibilidade especial, pois sempre se deve considerar que o controle judicial da Administração Pública não deve servir só ao interesse individual de quem seja diretamente afetado, mas ao interesse superior da sustentação do Estado democrático de Direito junto à população. E assim devem ser formatados também os princípios processuais.

O controle judicial das decisões da Administração Pública, nos casos em que se oferece a ela a discricionariedade, deve estar sujeito a regras restritivas para que a divisão de Poderes (...) não seja burlada.

Sobre os princípios processuais deve-se considerar o seguinte:

· Para o início e a conclusão de um processo de controle judicial da Administração Pública, deve ser evidentemente previsto o princípio dispositivo. Se alguém se sentir prejudicado pela Administração Pública, será sua decisão personalíssima aceitar a violação de direito ou se opor a ela. No último caso é imprescindível, para a credibilidade do Estado democrático de Direito, que as barreiras para o acesso ao “tribunal de controle” não

sejam muito elevadas. Caso contrário, haverá o perigo de se incorrer no erro de privilegiar com a proteção judicial do controle da Administração Pública cidadãos mais hábeis ou aqueles possuidores de condições financeiras suficientes para buscar aconselhamento especializado.

· Deve-se avaliar, porém, contra quais manifestações da Administração Pública, no sentido mais geral, um interessado pode se opor. Aqui, pode-se conceber o controle judicial sob dois aspectos: de acordo com uma cláusula geral ou com um princípio enumerativo. A cláusula geral merece a preferência, pois, no Estado democrático moderno, os veículos de manifestação da Administração Pública e, por conseguinte, do poder estatal, são variados e, por força de lei, não estão sujeitos a cláusulas restritivas. Além disso, deve-se considerar que a proteção jurídica dos interessados não se pauta pela forma de ação da Administração Pública, mas pela consideração da relevância jurídica da ação. A alegação da forma já é inadequada pelo simples motivo de que a Administração Pública teria, em suas mãos, a possibilidade de “conduzir” a proteção jurídica por meio da escolha da forma de ação, eventualmente de tal modo que não existiria a possibilidade de proteção. Adicionalmente, o princípio enumerativo traz o problema de ser muito rígido e não suficientemente flexível com vistas ao futuro. A Administração Pública é criativa e não se pode excluir a possibilidade de intervir sobre os cidadãos por formas de ação não previstas pelo legislador, que concebeu o princípio enumerativo.

· Se definirmos o interesse público

estatal, o bem-estar da comunidade, no sentido do equilíbrio entre o indivíduo e a coletividade, ficará claro, por outro lado, que o controle judicial da Administração Pública não pode ser deixado ao acaso. Assim, o princípio dispositivo, certamente imprescindível para o início e o término do processo pelo interessado, precisa ser assegurado pelo princípio da constatação do órgão público. Por ele garante-se que nem a Administração Pública, nem o interessado possam ameaçar uma decisão de-

mocrática por meio de seu comportamento. O princípio, independentemente do comportamento das partes, é muito adequado para criar uma ponte entre o poder estatal e seus interesses e o interesse objetivado da parte individual e da coletividade. Transmite-se aos cidadãos a segurança e a certeza de que o Estado democrático de Direito age no caso concreto, independentemente de acasos, influências ou esperteza.

· O princípio da constatação do órgão público para a verificação da verdade – se é que se pode constata-la – é o elemento central do controle judicial da Administração Pública. Mesmo que se trate, num primeiro momento, de uma idéia, seria completamente errôneo desconsiderar esse princípio. Ele requer, entretanto, cuidados constantes e presença sustentável junto aos agentes públicos, ou seja, aos tomadores de decisão nos tribunais, e à opinião pública.

Se levarmos a sério o controle judicial da Administração Pública (...), serão necessárias regras processuais harmônicas com relação à esfera administrativa concreta que estará sujeita ao controle judicial, e não idéias de como restringi-lo cada vez mais.

· O controle judicial da Administração Pública em um Estado democrático de Direito somente será efetivo e cumprirá sua função de ponte entre o poder estatal e os cidadãos se não existirem reservas e imunidades em favor do poder público. Na República Federal da Alemanha essa questão desempenha um papel antigo em determinados processos: se e em que medida os autos de um órgão público estão disponíveis ao tribunal, podendo ser consultados por qualquer pessoa, pois audiências judiciais só podem ser públicas em um Estado de Direito. Um processo fechado não respeita as exigências do Estado de Direito (v. decisão BverfGE 101, 106>127ff.>). Deve-se vislumbrar a questão de forma distinta. Por um lado, não podemos fechar os olhos ao fato de que até mesmo o Estado democrático de Direito tem interesses vitais de segurança que, em benefício de todos os cidadãos a ele sujeitos, não podem ser relativizados por meio da sujeição ao controle judicial. Devido ao peso maior do princípio democrático, simpatizo com o controle parlamentar para tais áreas cinzentas que não estão no centro de um Estado democrático de Direito. Se levarmos o princípio democrático a sério, não consigo reconhecer – pelo menos nesses casos concretos – que o controle pelo juiz e, sobretudo, a publicidade dos processos judiciais, em qualquer aspecto, sirvam mais ao Estado de Direito e sua capacidade de atuação. Mesmo este encontra seus limites, tanto no âmbito interno quanto no âmbito externo. Um tópico central na questão do controle judicial da Administração Pública é a verificação da existência ou não de prejuízo a interesses individuais e, em caso positivo, em qual medida e em que relação esses interesses se encontram frente ao interesse estatal, diante da totalidade do Estado e do bem-estar coletivo como síntese dos interesses de todos os demais indivíduos em um Estado. No limite, a demarcação adequada e convincente de uma linha limítrofe para a atuação do controle judicial da Administração Pública, sem que os interesses estatais e a totalidade do Estado como soma dos interesses individuais da coletividade sejam prejudicados, será com certeza uma tarefa que pode trazer resultados ambíguos.

· Independentemente disso, em uma esfera inferior ao proces-

so de controle judicial da Administração Pública, surgem ainda outras questões. Trata-se da densidade do controle que os tribunais acionados podem praticar. A República Federal da Alemanha, por exemplo, recorre, nesse contexto, a uma tradição e a um acompanhamento científico da jurisdição de muitas décadas. Considero a seguinte síntese digna de menção:

Em caso de conceitos jurídicos indeterminados como, por exemplo, confiabilidade pessoal, adequação e necessidade – em caso de intervenções estatais no direito policial –, considero adequada e recomendável a verificação ampla pelos tribunais. Ao contrário da discussão na Alemanha em décadas passadas, não se trata aqui de indagar se cabe à Administração Pública, em uma área de definição de conceitos, uma certa margem de avaliação (ou arbitrariedade). Essa visão, na verdade, desviou a atenção do verdadeiro problema: caso o legislador utilize conceitos indeterminados, ele com certeza abre para a Administração Pública a possibilidade de agir supletivamente. Não posa contradição ao Estado democrático de Direito a instalação de jurisdição que controle a Administração Pública com relação ao exercício da vontade do legislador, de acordo com as leis e a Constituição. Assim, a discussão científica não se deu em torno do verdadeiro problema, ou seja, quando é necessário o controle judicial da Administração Pública. Qualquer outra interpretação de conceitos jurídicos indeterminados abriria à Administração Pública reservas e até imunidades que o Estado democrático de Direito, por meio da instituição da jurisdição de controle da Administração Pública, pretende e deve extinguir se quiser ser Estado de Direito. Esse foi lamentavelmente o erro há cerca de 50 anos, na República Federal da Alemanha. Com as decisões arbitrárias ocorre coisa distinta. Se o legislador permite à Administração a arbitrariedade – normalmente pela palavra “pode” –, ele decide ao mesmo tempo sobre a diminuição da intensidade do controle judicial da Administração Pública – ao contrário dos conceitos jurídicos indefinidos. Não deve, portanto, haver verificação abrangente da decisão administrativa. Entretanto devemos diferenciar o seguinte: em razão do Estado de Direito, não deve haver margem de manobra na constatação dos fatos. Caso contrário, estariam abertas as portas à arbitrariedade. A arbitrariedade, num Estado democrático de Direito, pode ser prevista pelo legislador apenas no que tange às conseqüências jurídicas. A possibilidade da arbitrariedade não contradiz o princípio democrático. Tal arbitrariedade – adequadamente entendida como compatível com o Estado de Direito – é uma característica especial da divisão dos Poderes. O legislador, *a priori* e naturalmente, não está em condições de abranger em suas regras legais todas as situações da realidade. Isso seria mesmo errôneo, pois a determinação das leis, a segurança jurídica e o Estado de Direito sofreriam danos irreparáveis.

Sendo o elemento estrutural “divisão de Poderes” básico e necessário ao Estado de Direito, devemos aceitar que essa constatação e essa necessidade chegam até os poderes do legislador. Se o legislador tivesse o objetivo de abranger nas leis todas as situações imagináveis, não estaríamos mais diante de um Estado moderno de Direito, que tem, na divisão dos Poderes, os impulsos fundamentais e sua vitalidade.

Vista sob essa ótica e compreendida corretamente, a discricionariedade em favor da Administração Pública não significa um enfraquecimento, mas reforço do Estado de Direito. Mesmo assim, é necessário um sistema de freios e contrapesos, no sentido do princípio do Estado de Direito e da continuação

da divisão de Poderes. A Administração Pública não pode dispor de discricionariedade sem considerar as prescrições do legislador e a Constituição. Ela é avisada por meio da existência do controle judicial de suas decisões discricionárias. Com ele não se abre nenhuma contradição relativa ao princípio da divisão de Poderes, de forma a transferir as decisões estatais, em última instância, para os tribunais. Isso não estaria em conformidade nem com o Estado de Direito, nem com a democracia. Também os tribunais devem agir estritamente dentro dos limites legais e nunca impor suas próprias decisões em substituição às dos órgãos administrativos. O controle judicial das decisões da Administração Pública, nos casos em que se oferece a ela a discricionariedade, deve estar sujeito a regras restritivas para que a divisão de Poderes, imprescindível ao Estado democrático de Direito, não seja burlada. Dessa forma, os cidadãos são protegidos também contra um juiz "onisciente" que decida por eles, em detrimento das regras da lei e eventualmente até da Constituição.

Outra questão que tem relação com a margem de interpretação e com a discricionariedade, mas que, no fundo, segue regras bem diferentes, são as decisões de verificação, as de planejamento e, por exemplo, também as relativas ao direito dos servidores públicos quando se trata de questões de nomeação, exoneração, promoção ou avaliação funcional. Não são decisões discricionárias ou conceitos jurídicos indefinidos em sentido estrito. Trata-se de certificar-se de que o controle judicial da Administração Pública não conduza a uma situação na qual os tribunais, abolindo o princípio da divisão de Poderes, em última instância substituam uma decisão da Administração Pública. Tal poder decisório contrariaria o princípio da divisão dos Poderes e não atenderia às exigências de um moderno Estado de Direito. Nesse contexto e nessa abrangência, o juiz independente não possui mais valor democrático ou de direito que a Administração. Há de se ter presente que, no Estado moderno de Direito, os tribunais apenas controlam a Administração, mas não devem substituí-la substancialmente em suas decisões.

Essa descoberta leva a um outro problema. Poderíamos perguntar, de forma exagerada, se não estamos novamente diante de reservas e imunidades da Admi-

nistração Pública, quando o controle judicial não pode ocorrer. Essa seria uma pergunta tão abreviada quanto a resposta. Em todas as situações que tratam de sentenças insustentáveis de órgãos administrativos – mesmo em sentido amplo, como em verificações –, não são criadas reservas nem imunidades em caso de determinação legal adequada. Trata-se de tornar transparente a tomada de decisão em curso, sujeita a regras estritas, e assim também acessível o resultado material do controle indireto pelos tribunais administrativos. Sempre que a posição jurídica material não possa ser amplamente verificada pelos tribunais administrativos, deve ser criada uma equivalência de forma processual, para que nem a arbitrariedade e nem a Administração Pública irresponsável possam ser percebidas pelos cidadãos.

2 CODIFICAÇÃO DA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA

A implementação de uma jurisdição administrativa para o controle da Administração Pública naturalmente ainda não diz nada acerca de como ela deverá ser formatada e em especial onde será localizada. Nesse contexto é imprescindível apresentar os diversos pontos de vista:

a) A codificação depende primeiramente de definir se o Estado é unitário ou federal. Em se tratando de um Estado unitário, não há dificuldades de codificação, pois só poderá haver tribunais federais. Da mesma forma, não ocorre o problema de como se dará o controle de Direito estadual, ou seja, daquele inferior às normas do Estado central.

Se estivermos perante um Estado federal, como aqui no Brasil, e também na República Federal da Alemanha, deve-se considerar, para a concepção da codificação, em qual esfera jurídica a Administração a ser controlada estará atuando. Aqui já começam as dificuldades. Poderíamos pensar que a Administração Pública de um país, como executora de leis estaduais e federais, esteja sujeita apenas ao controle dos tribunais estaduais. Deve-se considerar também que órgãos públicos federais, que podem executar somente leis federais, estão sujeitos apenas ao controle dos tribunais federais. Certamente não é preciso explicar a confusão que surgiria de uma tal formatação.

Deve-se prever, de forma adequada e eficaz para a proteção jurídica dos interes-

sados, que a Administração Pública esteja sujeita ao controle judicial por todas as instâncias de uma jurisdição administrativa, independentemente do fato de se executarem leis federais ou estaduais. Às leis estaduais acrescentam-se também as normas de Direito municipal. Num segundo passo, deve-se considerar que, num Estado federado, sua estrutura federal poderia ser danificada e enfraquecida se o Direito estadual pudesse ser controlado também por tribunais federais. A justificativa interna para a divisão aqui preconizada está na alegação de que não estaríamos a caminho do Estado unitário, mas já estaríamos nele. A separação das esferas jurídicas entre Estado central e estados federados seria abolida se, na esfera do Estado central, houvesse um tribunal único. Isso aboliria a separação das esferas jurídicas.

b) Outra questão é a relativa à necessidade de previsão de diversas jurisdições para o controle judicial da Administração Pública. A Administração Pública se apresenta aos cidadãos não apenas de modo uniforme e homogêneo, mas de maneiras diversas e assim em decisões qualitativamente distintas. O desempenho dos cidadãos se apresenta à administração social, ou seja, à Administração Pública assistencial, de forma completamente diversa do que à administração tributária, à qual importa a arrecadação de recursos. Quando alguém pede autorização para construir uma casa ou abrir uma empresa, a situação já é novamente distinta. Diante desse cenário, e considerando os interesses divergentes não só do Estado, mas da comunidade, compreendida como a síntese da totalidade da população de um Estado, a formatação do controle da Administração Pública em várias ordens processuais dá-se preferencialmente de acordo com a área de atuação.

Isso esclarece ainda outra situação. Direito processual não é direito original. Direito processual é exclusivamente acessório. No moderno Estado democrático de Direito, o Direito processual, por isso, só cumpre sua função de indutor do Estado de Direito se a ordem processual pertinente e a matéria jurídica estiverem em harmonia. Portanto, é prejudicial ao Estado moderno de Direito e à sua realização perante os cidadãos que a perspectiva esteja continuamente voltada para a relação custo/benefício e, por isso, requeira uma ordem processual tão abrangente quanto possível. O contrário es-

tará correto sob a perspectiva mais ampla. Os cidadãos fogem à avaliação em dinheiro. Um pensamento tão primitivo abre as portas para a arbitrariedade e para a violação da dignidade humana. É lamentável que, apesar do desprezo mundial a essas formas de interpretação, mesmo pela Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, de 1948, elas ainda sejam elogiadas.

Se levarmos a sério o controle judicial da Administração Pública, no contexto de um Estado moderno de Direito, serão necessárias regras processuais harmônicas com relação à esfera administrativa concreta que estará sujeita ao controle judicial, e não idéias de como restringi-lo cada vez mais.

c) Deve-se respeitar a estrutura federalista do Estado, diferenciando-se as competências judiciais com relação ao Direito federal ou estadual. Em caso de se tratar de verificação de atos da Administração Pública com base em Direito estadual, deve ser previsto que a competência é apenas da esfera estadual. Assim, não surgirá insegurança jurídica e não será violado o legislador federal democraticamente legitimado. Parâmetro de verificação para o Direito estadual é, primeira e exclusivamente, a constituição estadual. Se o tema for a violação do Direito estadual pelo federal, deve ser encaminhado, considerados os deveres de argumentação dos tribunais, ou recursos individuais dos interessados, ao Tribunal Federal Superior ou ainda ao Tribunal Federal Constitucional do estado em questão.

No mais, o controle da Administração Pública há de ser promovido também com relação a normas inferiores, como decretos e estatutos, mas mesmo assim deve ser concebido de forma diferenciada. Decretos e estatutos baseados em lei estadual devem ser da competência da esfera estadual e não requerem verificação por tribunal federal. Exceções a essa regra podem ser previstas, conforme exposto anteriormente, se o Direito federal ou Constitucional for afetado.

d) O controle judicial da Administração Pública tem aspectos variados. Pode-se considerar aqui também litígios que possivelmente estariam na competência de um tribunal constitucional. Porém, num Estado federal, podem surgir litígios entre os estados federados ou entre o governo central e um ou vários estados federados, de forma que não se trate de posições de Direito Constitucional, mas sim de Direito Administrativo. Então estará na gama de competências do constituinte ou do legislador infraconstitucional deliberar se a decisão em tal litígio será de competência do tribunal constitucional ou do tribunal superior administrativo do Estado central. Este é preferível àquele, para que não haja sobrecarga do tribunal constitucional com tais litígios. Por meio da separação cuidadosa dos parâmetros de controle, as esferas jurídicas não se confundem. Também a separação clara das competências é uma característica importante da separação dos Poderes num Estado democrático de Direito moderno.

Deixe-me, finalmente, focar no fato de que as condições jurídicas, por si só, não garantem a efetividade do controle judicial da Administração Pública. É necessário grande esforço para implementar o controle judicial da Administração Pública. A jurisdição tem de impor-se primeiramente frente aos Poderes estatais sujeitos a seu controle e, depois, frente ao conjunto do Estado. Faz parte da natureza humana o ceticismo diante de qualquer controle, seja ele na esfera profissional ou na esfera privada. Mas a jurisdição tem de penetrar também na consciência pública e lá se instalar. Isso não é fácil. Para que haja reconhecimento em ambos os aspectos, a jurisdição administrativa requer indepen-

dência, em nível pessoal e material, como qualquer outra jurisdição no Estado de Direito, além do reforço por meio da mídia e da ciência. Em caso contrário, a jurisdição administrativa pode não vingar. Não é por acaso que também na República Federal da Alemanha demorou um certo tempo até que a jurisdição administrativa se impusesse na consciência pública.

ABSTRACT

The author states that the Public Administration judicial control aims at verifying if the legislator's will has been carried out in accordance with his own rules and under observation of the pertinent constitutional guidelines, always about finding an appropriate balance between private and public interests.

He understands that the Public Administration judicial control in a Democratic Rule of Law will only be effective and accomplish its function as bridge between the state power and the citizens if there are no restrictions and immunities in favor of the public power. Moreover, he supports that the implementation of such control will be just possible in the case of there being a special jurisdiction familiar with the system.

Eventually, he thinks that an administrative jurisdiction with a view to controlling Public Administration shall be structured preferentially according to the field of performance, considering not only the State's but also community's opposing interests.

KEYWORDS

Administrative Law; administrative jurisdiction; judicial control; Public Administration; Federal Republic of Germany; public power; unitary, federative – State.

Siegfried Bross é ministro do Tribunal Constitucional Federal na Alemanha, professor honorário da Universidade de Friburgo e presidente da seção alemã da Comissão Internacional de Juristas.