

Construção das bases teórico-dogmáticas do direito administrativo alemão: do medievo à era contemporânea, dos costumes aos valores

Construction of the theoretical-dogmatic bases of German administrative law: from the medieval to the contemporary era, from customs to values

Juliano Heinen*

Resumo: O presente artigo tem por escopo averiguar o desenvolvimento e a influência do direito administrativo alemão sobre o direito administrativo brasileiro. Para tanto, empreendeu-se a análise da história deste ramo do direito, bem como suas contribuições e construção teórica em determinados períodos da História. Para tanto, dividiu-se a análise em períodos determinados. A partir disso, verificou-se em cada qual como se construiu a autonomia deste ramo do direito, bem como as contribuições recebidas em cada período e que são sentidas até os dias atuais. Dessa forma, foi possível identificar a origem, a intensidade e a profundidade do papel intelectual exercido pela dogmática alemã no direito administrativo, revelando maior ou menor ascendência do seu papel na própria construção do Estado. Demonstrou-se como, contemporaneamente, inúmeros assuntos ainda hoje geram efeitos nodais, dando conta da importância de se conhecer este percurso histórico. Empreendeu-se o método expositivo e histórico para a construção dissertativa da análise empreendida.

Palavras-chave: Direito administrativo; construção dogmática; comparatividade.

Abstract: This article aims to investigate the development and influence of German administrative law on Brazilian administrative law. In order to do so, an analysis of the history of this branch of law was undertaken, as well as its contributions and theoretical construction in certain periods of history. Therefore, the analysis was divided into determined periods. From this, it was verified in each one how the autonomy of this branch of law was built, as well as the contributions received in each period and that are felt until the present day. In this way, it was possible to identify the origin, intensity and depth of the intellectual role played by German dogmatics in administrative law, revealing a greater or lesser ascendancy of its role in the construction of the State. It was demonstrated how, contemporaneously, countless subjects still generate nodal effects, realizing the importance of knowing this historical path. The expository and historical method was used for the dissertational construction of the analysis undertaken.

Keywords: Administrative law; dogmatic construction; comparability.

Recebido em: 27.07.2022. Aprovado em: 31.03.2023.

* Doutor em Direito/UFRGS. Mestre em Direito/UNISC. Professor de graduação e Pós-Graduação em direito administrativo. Procurador do Estado do RS. E-mail: julianoheinen@hotmail.com.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO – 1. PERÍODO MEDIEVAL – 2. A CONSTRUÇÃO DO ESTADO ALEMÃO – SÉCULO XIX – 3. ALEMANHA PÓS-UNIFICAÇÃO – SOCIEDADE INDUSTRIAL – 4. DEPOIS DA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL (1939-1945) – 5. A ATUAL LÓGICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO ALEMÃO. CONSIDERAÇÕES FINAIS – REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Na análise a ser feita a seguir, concentrarmo-nos em estudar a formação do direito administrativo alemão e suas contribuições a outros países, incluindo o Brasil. E só este tema já renderia um livro inteiro, porque a formação do direito administrativo germânico é por deveras rica, influente e repleta de bons autores que foram muito importantes neste percurso. Dito de outro modo, desde a época medieval, até os dias de hoje a Alemanha revelou uma série doutrinadores que escreveram relevantíssimas obras no tema. E nem mesmo a unificação tardia do Estado alemão, se comparado às demais Nações europeias congêneres, impediu que esta riqueza dogmática no tema florescesse.

Tomamos o cuidado de tentar expor a matéria em tópicos que demarcam períodos que congregam entendimentos dogmáticos comuns, refletindo uma cultura jurídica uniforme e permanente nos determinados lapsos temporais analisados. O “término” de um período e o início de outro sempre ocorre a partir de um evento histórico muito relevante e modificativo. Logo, os tópicos propostos são simplesmente operacionais, porque, como dito, ligados a eventos históricos marcantes e que, claro, refletiram na construção do direito administrativo germânico.

De outro lado, a profusão de autores que escreveram obras relevantes em cada etapa da História analisada é bastante grande, o que nos levará certamente a cometer o engano de esquecer de citar este ou aquele – perdão que já se pede ao leitor. Tentamos ao máximo expor o contexto das principais obras que realçam o que se entendia por “direito administrativo” em cada época.

Também, merece ser antecipadas algumas percepções. Primeiro, parece que o direito administrativo alemão acompanha não só a formação do Estado – o que é uma constatação natural –, mas muito mais: relaciona-se às necessidades sociais que se faziam presentes e à cultura ou ao pensamento processado em cada período da História. Dou um exemplo: as faculdades de direito na Alemanha formaram-se a partir de uma base religiosa,

sendo que aquelas de cunho católico não desenvolveram o estudo do direito administrativo, se comparadas às faculdades de cunho luterano. Outro exemplo pode confirmar a importância da cultura de cada época concatenada ao nosso objeto de estudo: no início, o direito administrativo era concebido para formar agentes de Estado, que atuavam no aparelho burocrático existente à época – ou seja, era compreendido como um instrumento a esta necessidade social. Com o tempo, consagrou-se como um instrumento à serviço do despotismo esclarecido. E assim por diante.

Ainda que seja uma percepção subjetiva, notamos que a doutrina e as faculdades jurídicas foram mais relevantes na formação do direito administrativo alemão, se comparado ao francês. Neste último, é o Conselho de Estado o grande promotor dos conceitos teórico-dogmáticos do tal ramo do direito. E isso não pressupõe colocar a doutrina francesa em um patamar menor. Ao contrário. Quer-se dizer que a jurisprudência alemã foi menos importante na construção dogmática do que na França – salvo depois da segunda metade do Século XX, quando há uma relevância dos julgados do Tribunal Constitucional Federal alemão e dos Tribunais da União Europeia.

Cabe fazer mais uma advertência inicial: a análise da circulação da doutrina é uma tarefa complexa e, portanto, tivemos de fazer opções. E elas não são aleatórias, mas sim escolhidas a partir da referência feita na dogmática jurídica nacional e pelos próprios autores alemães. Passemos à compreensão de como o direito alemão se materializou como ramo autônomo da ciência jurídica, e como ele ganhou fama mundial.

1. PERÍODO MEDIEVAL

Na origem, o direito alemão como um todo foi pouco influenciado pelo direito romano antigo, porque boa parte de seu território não fez parte do império romano¹. Na época medieval (Séculos XVI a XVIII, notadamente), geralmente se aplicava o direito costumeiro, muito rudimentar e pouco sistemático. Com o tempo, especialmente com o início da “baixa Idade Média”, essas tradições passam a ser compiladas em textos escritos,

¹ FACCHINI NETO, Eugênio e HAEBERLIN, Martín P. O “estilo” jurídico alemão – breves considerações sobre alguns dos seus fatores determinantes. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, v. 41, n. 133, mar. 2014, p. 248.

muitas vezes chamados de “leis” ou até mesmo de “códigos”. E é nesta época que o direito romano antigo começa a influenciar os alemães, especialmente pela metodologia empregada pelos glosadores, a qual fora importada da Itália². Com a exposição e comparação do direito costumeiro com o direito romano – escrito e sistemático –, paulatinamente foram feitas modificações no sistema jurídico alemão da época. E isto foi implementado em duas medidas: na gradual e intensa adoção do direito romano e na profissionalização dos agentes de Estado (por exemplo, em alguns feudos, os juízes deveria ser formados em faculdade de direito)³. Essa conjuntura refletiu mudanças no método de estudo: passou-se a pautar compreensão do sistema jurídico partindo de aspectos gerais e abstratos, para depois se passar ao estudo de questões específicas⁴.

É a partir do Século II que os alemães começam a estudar o direito romano antigo com afinco, notadamente as codificações. E este estudo passa a conviver, não sem tensões, com o direito canônico praticado à época, o qual não era codificado. Este último sistema jurídico somente foi sistematizado em um compilado escrito com a publicação da obra *Concordia discordantium canonum* ou *Decretum Gratiani* (“Decreto de Graciano”), escrito por Franciscus Graciano⁵ entre o ano de 1.140 e 1.142. Esta obra compilou e sistematizou o direito que se praticava até então⁶.

Mas, ao se estudar o direito romano antigo, os juristas alemães perceberam que o tal sistema não era perfeito e possuía fissuras⁷. Então, começaram a editar normas autênticas para corrigir estas falhas, e também para regular a realidade que se processava, dado que, muitas vezes, o direito romano se distanciava da atual conjuntura.

² Os glosadores traduziam e interpretavam os escritos romanos e formatavam um pensamento jurídico sistemático. O método empregado surge na Universidade de Bolonha (Itália), por volta da segunda metade do Século XI. Em síntese, faziam comentários às glosas, que eram textos curtos ou marginais acerca do direito posto. Então, os glosadores explicavam o sentido e o que as normas e as glosas pretendiam. Ver: RAVA, Tito. **Introduzione al diritto della civiltà europea**. Padova: Cedam, 1982, p. 155 e ss.

³ RANIERI, Filippo. A evolução do recurso ao Tribunal da Câmara Imperial durante os séculos XV a XVII. A “jurisdicionalização” dos conflitos na sociedade moderna. In: HESPANHA, Antonio (Org.). **Justiça e litigiosidade: história e prospectiva**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 521-558.

⁴ Veja que este método consagrou a formação da codificação alemã nos Séculos seguintes, bem como influenciou outros países, incluindo o Brasil, na medida em que se estruturaram Códigos com parte geral e especial, por exemplo.

⁵ Século XII a XIII (não se sabe com exatidão as datas de nascimento e morte). É também conhecido como Franciscus Gracianus ou Johannes Gratianus.

⁶ Por Séculos foi considerada a grande obra do direito canônico, até ser derogada pelo *Codex Juris Canonici*, de 1917.

⁷ FROMONT, Michel. **Grands systèmes de droit étrangers**. Paris: Dalloz, 1998, p. 11.

As teses e tratados que começam a surgir nesta época se ocupavam de abordar a soberania do Império e seus limites, o que levou a tratar também dos limites do próprio Imperador. Com isto, iniciava-se a discussão sobre um direito que podia e deveria conter o poder do soberano – o que se desenvolveria com o tempo. No entanto, ainda nos Séculos XIII e XIV, estava-se a debater a razão do Império, as tensões do povo e do Rei, os tratados internacionais, a força do direito natural etc. Aliás, a ideia de direito natural⁸ foi valiosa à sistematização do direito positivo, porque forneceu uma espécie de ideia de “unidade”, porque reconhecia um valor comungado por todos e pertencente a todos.

Nos Séculos XVII e XVIII, os estudiosos passaram a publicar teses e anais sobre o exercício e fundamento da soberania (v.g. impostos, bens, ordenação da vida etc.). Esse debate deveria partir de uma diferença marcante: havia o direito imperial, oriundo do parlamento, e o direito do império, oriundo do monarca⁹. No âmbito administrativo, o direito da administração das coletividades era celular, ou seja, praticado dentro do feudo e instrumentalizado por diretrizes emanadas por cada Príncipe. Mas isso não impediu que se editassem ordenações precisas, estruturadas e impressas. Com o tempo e já no início do Século XVIII, a organização administrativa é ampliada e se conflagra a especialização das funções públicas, o que levaria à organização de cursos para treinar e preparar as autoridades que viriam a exercer estes misteres.

É no final do Século XVIII que os primeiros regulamentos sobre o exercício das funções públicas são editados. A exemplo disto, podemos citar o *Preussisches Allgemeines Landrecht* de 1794. Estes regulamentos ligavam o funcionário ao Estado por um vínculo que, mais tarde, denominar-se-ia de “relação especial de sujeição” – termo até hoje referenciado na Alemanha e no Brasil. Esta relação determinava fidelidade e obediência do funcionário. Hoje, os servidores públicos alemães podem estar submetidos a dois regimes: um estatutário e outro idêntico aos empregados do setor privado¹⁰.

⁸ Nesta época, sobre o tema, destaca-se Hugo Grotius (1583-1645) – a obra do filósofo é muito vasta, pelo que citaremos aquela que expõe as ideias do autor sobre o direito natural: GROTIUS, Hugo. **Mare Liberum**. Leida: Brill Nijhoff, 2009.

⁹ STOLLEIS, Michael. **Direito público na Alemanha**. Uma introdução à sua História do Século XVI ao Século XXI. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 55.

¹⁰ Estes funcionários submetidos ao regime de trabalho idêntico aos trabalhadores privados normalmente foram incorporados pelo Estado alemão quando de alguma encampação ou intervenção em determinado

Nesse período também foram forjadas as primeiras jurisdições administrativas, inicialmente instituídas pela Administração Pública. Elas não faziam parte do Poder Judiciário e, especialmente no centro e sul do Império, eram inspiradas pelo modelo francês. Somente na segunda metade do Século XIX que esta jurisdição ganha autonomia.

Até aqui se percebeu que o direito administrativo não vingou exatamente como um ramo autônomo, mas como um instrumento assistemático para o exercício do poder dos Príncipes ou para o exercício de funções burocráticas. Com a ascensão da sociedade industrial nos Séculos XVIII e XIX, ascende também a burguesia, momento em que muitos aspectos da legitimidade e do exercício do poder real são questionados. E tudo isto impulsiona a unificação do Estado alemão. Todos estes fatos demarcam um novo capítulo do estudo, a ser feito no tópico que segue.

2. A CONSTRUÇÃO DO ESTADO ALEMÃO – SÉCULO XIX

Quando se ingressa na primeira metade do Século XIX, os juristas já tinham um papel central na administração pública e na política. E as universidades cumpriam um papel essencial na formação deste corpo de técnicos. O pensamento jurídico já praticado por Séculos optou por pautar a sua compreensão a partir do racionalismo, e não do empirismo. Em outras palavras, o método era altamente abstrato e racional. Então, os conceitos importavam muito, para então se partir para uma sistematização da ciência. A definição deveria se harmonizar com o sistema em que era inserido¹¹.

Em 1842 é criada a primeira cadeira de direito administrativo na Alemanha, o que foi feito na Universidade de Tübingen. E essa ação pode ser considerada bastante arrojada, porque era muito difícil escrever sobre o tal direito em uma época em que o próprio Estado era incerto¹². No ano 1848, forma-se uma Assembleia Constituinte para a formatação de uma nova Constituição Imperial, a qual é concluída em 28 de março de 1849. Ela previa

setor, como, por exemplo, o ferroviário (Cf. MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Belo Horizonte: Manole, 2006, p. 14-15).

¹¹ ARANO, Vincenzo e BARSOTTI, Vittoria. **La tradizione giuridica occidentale**. Texto e materiali per un confronto civil law common law. Torino: Giappichelli, v. 1, 2002, p. 136-137.

¹² STOLLEIS, Michael. *Op. Cit.*, p. 93. Esta estabilidade, mal ou bem, somente é conseguida quando se opta por editar uma Constituição, porque então se garante uma unidade jurídica à vontade do Estado. E dela o direito administrativo poderia retirar uma série de conceitos, como a noção de “direito subjetivo público” e de “jurisdição constitucional”. Mas isto só é feito com ênfase no Século XX.

inclusive uma série de direitos fundamentais, o que a alçava a um dos documentos deste jaez mais arrojados da História. Contudo, Frederico Guilherme IV (1795-1861) não aceitou o documento e dissolveu o Parlamento de Frankfurt que tinha votado o texto da referida Constituição.

A breve Constituição de 1849 legou ideias que, paulatinamente, ao longo dos tempos ganham força. Foi uma “semente que floresceu tempos depois”. Por exemplo: o Imperador era considerado um órgão de Estado e, portanto, submetido ao direito que regula esta instituição, ao mesmo tempo em que as funções do Parlamento deveriam ser ampliadas. A promulgação da Constituição criava condições para se questionar os atos do Estado com base nela, o que fomentou a formatação de uma justiça administrativa.

À época, foi marcante a obra de Robert von Mohl (1799-1875)¹³. O autor defendia que o Estado deveria assegurar a liberdade dos indivíduos, sendo pioneiro a adotar a expressão “Estado de Direito”. Compreendia que a Constituição garantiria segurança jurídica e qualidade dos direitos enunciados. Essa compreensão vem ao encontro da ideia, consagrada no Século XIX, no sentido de que o direito alemão era um instituto jurídico. Logo, passou-se-lhe a conferir maior “pureza”, a o distanciar de maiores influxos políticos. Assim, se postas as coisas nestes termos, “Estado de Direito” poderia ser concebido como um método, apesar das incertezas do próprio Estado – daí a enorme dificuldade de à época se escrever sobre direito administrativo.

Ainda no Século XIX, o ensino do direito administrativo era tímido nas faculdades, o que reclamava um aprendizado por assim dizer muito mais “prático”. No entanto, dever-se-ia entender cientificamente o que era “Estado de Direito”, enfim, o que significava este adjetivo. E isto impunha definir o que era “jurídico” na Administração Pública. De modo que logo em seguida, a reboque destas ideias, formataram-se “princípios” que, à época, funcionavam como diretrizes não só interpretativas, mas também dogmáticas. Pode-se dizer que até hoje esses princípios fundamentaram o direito administrativo alemão. Exemplifica-se: a atuação da Administração Pública se dava de modo unilateral, demarcando um dos elementos centrais do ato administrativo, o que é uma ideia ainda atual.

¹³ MOHL, Robert von. **Die deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates** (A Ciência Policial Alemã de acordo com os princípios do estado de Direito) – cf. RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **Teoria do Estado: do Estado do Direito ao Estado Democrático do Direito**. Barueri: Manole, 2013, p. 381.

Se o Estado tinha legitimidade no direito, a ele também devia respeito. Com isto, ao mesmo tempo que a Administração Pública deveria atuar conforme a lei – legalidade administrativa –, era necessário estruturar um sistema de controle dos atos administrativos. E, na Alemanha, optou-se, ainda na metade do Século XIX, pela justiça administrativa, apartada de uma outra jurisdição que julgava temas de direito privado.

Em 1863, criam-se cadeiras específicas de direito administrativo nas faculdades, com a finalidade de se aprender “direito do Estado” ou “direito da polícia” etc.¹⁴ Destacou-se à época a obra de Paul Laband (1838-1918), escrita em 1872¹⁵, depois de trazer à público e com maestria a diferença entre lei formal e material, o que fez ao analisar as leis orçamentárias. A obra do autor é bastante lógica, porque ele acreditava ser possível formar conceitos e fazer analogias dentro do sistema jurídico-positivo – daí porque o texto constitucional será tão relevante nos tempos que se seguiram. Partindo das ideias de Gerber, Paul Laband concebe que o Estado e seus órgãos possuem uma vontade una. Essa ideia consegue levar o autor a dar sistematicidade e originalidade ao método de explicar o próprio Estado. As críticas a Laband não tardaram a surgir: alegava-se que sua obra era distante da realidade, porque por deveras arraigada ao direito positivo. Além disto, sempre se criticou seu alto partidatismo à monarquia, negando a existência de direitos fundamentais. Por fim, por ser bastante conceitual, distanciava-se da “jurisprudência de valores”.

Avançando no tema, cabe falar agora sobre o processo de unificação da Alemanha, o qual foi conduzido pelo Reino da Prússia, à época governado por Guilherme I (1797-1888) e pelo primeiro-ministro Otto von Bismarck (1815-1898). O processo foi alavancado pela revolução industrial e pela modernização do exército prussiano, que obteve vitória na Guerra franco-prussiana de 1870-1871. No mesmo ano, a Liga Setentrional Alemã rebatizou-se como Império, e este foi formalmente constituído em 18 de janeiro de 1871, no Palácio de Versalhes.

Apesar de o Estado alemão contar com uma Constituição, ela não previa direitos fundamentais. Coube à legislação infraconstitucional este papel, o que foi feito

¹⁴ STOLLEIS, Michael. *Op. Cit.*, p. 103.

¹⁵ LABAND, Paul. **Le Droit Public de l'Empire Allemand**. Les Finances de l'Empire Allemand.àris: Hachette Livre Bnf, 2016.

paulatinamente. E este fenômeno deu causa a formar, no plano teórico, a noção de “direito subjetivo público”¹⁶. E é a partir da unificação que dois outros institutos ganham peso: a jurisdição e o processo.

Então, surge outro autor central na formação do direito administrativo. Se a obra de Paul Laband pode ser considerada um “resumo amplo” do “Direito do Estado”, a obra de Otto Mayer (1846-1924), *Direito administrativo alemão*, em três volumes¹⁷, publicada originalmente em 1895, pode ser considerada um pilar fundante do direito administrativo¹⁸. Tal livro é original por uma série de aspectos: primeiro, o autor parte da ideia de que o direito administrativo tem um caráter prático, tratando, então, de explicar como ele funcionava. E o faz trazendo elementos do direito francês e italiano. O livro demonstra como o direito administrativo funcionava, o que, de certo modo, torna a obra original também em termos de método.

Especialmente o Tomo I concentra-se na ideia de *ato administrativo*, o qual caberia materializar os comandos do Estado, destinando ordens aos cidadãos¹⁹. Daí, passa a distinguir o poder geral que o Estado tem para com qualquer cidadão do poder especial que dispõe em relação àqueles que mantêm um vínculo especial de sujeição – instituto este a fundamentar especialmente no poder disciplinar. Mayer cuida de dizer que o direito administrativo era o direito que tutelava as relações jurídicas da Administração Pública, seja elas internas ou externas²⁰. O direito administrativo daria força à atuação da Administração Pública²¹. Daí porque a unilateralidade e o ato administrativo são assuntos centrais na sua obra. O autor estabelece clara divisão entre o direito civil e o administrativo, na medida em que o primeiro se ocuparia das relações entre indivíduos e o segundo se pautaria por relações de império – o que os franceses denominam de *puissance public*²².

¹⁶ HEINEN, Juliano. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 591 e ss.

¹⁷ MAYER, Otto. **Le droit administratif allemand**. Paris: V. Giard & E. Brière, Tomos I, II e III, 1903.

¹⁸ Para muitos autores, Otto Mayer é considerado o “pai do direito administrativo alemão”. Há aqui que se fazer um temperamento – ao menos na nossa ótica –, sem desmerecer a importância e o brilhantismo da obra. Como se viu até aqui, existiram uma série de autores precedentes. Contudo, coube a Mayer explicar originalmente como o direito administrativo funcionava, sendo que seu livro influenciou uma série de autores contemporâneos, bem como ainda nos dias atuais é uma referência em muitos aspectos.

¹⁹ MAYER, Otto. **Le droit administratif allemand**. Paris: V. Giard & E. Brière, tomo I, 1903, p. 15.16.

²⁰ MAYER, Otto. *Op. Cit.*, p. 25.27. Aqui, destaco que o autor vai se preocupar em distinguir o direito administrativo do direito constitucional, tributando maior pureza aos ramos do direito mencionados.

²¹ MAYER, Otto. *Op. Cit.*, p. 43-44.

²² MAYER, Otto. *Op. Cit.*, p. 174.

A obra não ficou imune a críticas. De um lado, Otto Mayer concentra demasiadamente sua análise na unilateralidade da ação administrativa e na ideia de ato administrativo. Coerentemente, nega a possibilidade de o Estado estabelecer contratos com outrem. De outro lado, sua obra pouco trata da História do direito administrativo ou perfaz uma teoria geral. Por fim, esta ideia de que há uma intensa carga de unilateralidade no ato administrativo faz com que o cidadão seja um mero destinatário do referido ato, colocando em xeque uma série de direitos do indivíduo²³. Mas não se pode negar que Mayer é uma autêntica expressão do direito que procurava explicar o liberalismo da época, porque concentra sua visão pragmática nos problemas da ordenação estatal a vida²⁴.

Voltando aos domínios do percurso do tempo, em 1914 eclode a 1ª Guerra Mundial e o direito se concentra em tutelar regras relacionadas ao conflito, deixando de lado, neste período, qualquer outro debate sobre os demais ramos do direito. Terminados os combates em 1918, a Alemanha viverá, ainda que por um breve período, a efervescência de uma nova realidade, a qual merece ser analisada no próximo tópico. Ocuparmo-nos de falar do período que já encontra a Alemanha unificada, passar pela 1ª Guerra Mundial e terminar a análise até a eclosão da 2ª Guerra Mundial, em 1939.

3. ALEMANHA PÓS-UNIFICAÇÃO – SOCIEDADE INDUSTRIAL

Vimos no tópico precedente que no Século XIX não havia uma profusão de teses e disciplinas de direito administrativo, o que dificultava sua disseminação. Por exemplo: tinha-se dificuldade em definir o que poderia ser considerado jurídico e o que poderia ser considerado político no âmbito da Administração Pública? Coube às leis precisarem a natureza de cada instituto. Logo, não demorou para se alicerçarem as bases à noção de legalidade administrativa.

Como bem diz Michael Stolleis²⁵, quem fez um resumo do que ocorreu no Século XIX foi a obra de Georg Jellineck (1851-1911), *Teoria Geral do Estado*²⁶, publicada em 1900. Em apertada síntese, o autor estabelece que o Estado pode ser visto sob dois ângulos: social e

²³ STOLLEIS, Michael. *Op. Cit.*, p. 105.106.

²⁴ Cf. MAURER, Hartmut. *Op. Cit.*, p. 19.

²⁵ STOLLEIS, Michael. *Op. Cit.*, p. 97.

²⁶ JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. México: FCE, 2000.

jurídico. Sob o primeiro aspecto, Jellinek entende que o Estado pode ser considerado uma unidade natural, relegado a questões fáticas. Era uma estrutura para formar a dominação – *Teoria da Força*. Sob o aspecto jurídico, considera como sujeito de direito sendo uma verdadeira pessoa jurídica (corporação)²⁷. Logo, sua validade advém do direito positivo, sendo que o direito é considerado um fenômeno da consciência – o autor acredita há um direito superior que precede ao Estado. Logo, conjugando estes dois aspectos, é central na obra do autor o fenômeno da “aceitação” do povo, o que daria legitimidade a uma decisão política.

Nessa época, mais especificamente em 1911, é publicada uma obra muito influente na Alemanha e no mundo²⁸: *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, do suíço Fritz Fleiner (1867-1937)²⁹. O livro emprega um método comparatista, organizando sua exposição a partir do direito do *Reich* e dos Estados que o compunham, bem como aborda a legislação que circunscreve cada instituto analisado. Pensamos que a maior contribuição do livro é o fato de ali se realçar a autonomia da dogmática do direito administrativo, tal qual o fez Otto Mayer. Para isto, demonstrou que existiam institutos fundamentais e uniformes a todo o império, ainda que existissem legislações específicas de cada Estado que compunha a Nação germânica. O autor amplia a noção de direito administrativo defendida por Otto Mayer. Para este autor, tal direito circuncrevia-se à Administração Pública, enquanto que o autor suíço defendia que o direito administrativo incorporava todas as regulações de um regime público, incluindo aquelas inseridas nos domínios do direito privado³⁰.

Necessariamente percorrendo a linha de tempo, depois de terminada a 1ª Guerra Mundial (1914-1918), o Imperador Guilherme II é deposto na Revolução de 1918, instaurando-se a República de Weimar, em 1919. Com ela, é editada a famosa Constituição que leva seu nome, isto em 11 de agosto de 1919. Tal texto normativo inaugura uma nova

²⁷ JELLINEK, Georg. *Op. Cit.*, p. 61-62 e 193-197.

²⁸ Sobre esta influência, consultar: RICKEN, Guilherme. A influência de fritz fleiner no direito administrativo brasileiro. **Revista eletrônica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPEL)**. Pelotas: UFPEL, v. 5, n. 1, jan.-jul. 2019, p. 86-105.

²⁹ Consultamos a versão francesa da obra: FLEINER, Fritz. **Les principes généraux du droit administratif allemand**. Paris: Delagrave, 1933.

³⁰ Tese defendida por: CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 1, 1955, p. 97.

República na Alemanha, refazendo o conceito de soberania popular³¹. A tal Constituição traz à tona uma série de valores de importância ímpar. A jurisdição administrativa é mantida, mas com uma limitação da sua área de atuação a temas taxativa e precisamente definidos no texto da Constituição.

Neste período, surgem movimentos que compreendem o direito administrativo a partir do estudo do direito internacional (Berlin e Kiel) e a partir do positivismo jurídico, criando uma ideia de “formalismo exacerbado”. E isto colocará não só o direito no centro do estudo da ciência, mas, para além disto, será ele apartado dos influxos da política ou de outros fatores.

O período foi propício para florescer o que se convencionou chamar de “círculo de Viena”, capitaneado por Moritz Schlick (1882-1936), que tinha por base o estudo das ciências a partir da lógica. Tal “círculo” era uma reunião regular de cientistas de várias áreas que comungavam do mesmo método: repudiar as bases do neokantismo para apreender o mundo a partir do positivismo. Compreendiam que a cientificidade deveria corresponder aos fenômenos da natureza, de modo que a análise dos fenômenos operaria sem tomar em conta a ontologia ou a metafísica. Estado e direito seriam compreendidos racionalmente, sem se inspirar ou serem influenciados por ideologias ou pela religião. Para esta corrente do positivismo, o direito não deveria ser confundido com aquilo que não é jurídico, como a sociologia, religião, moral, política etc. Interessante notar que esse panorama científico acaba por afastar a influência da moral, e isto contrasta com a intensa axiologia existente na Constituição de Weimar³².

Esse panorama influenciou sensivelmente a compreensão do direito, notabilizando-se na obra de Hans Kelsen (1881-1973)³³. As bases teórico-dogmáticas do positivismo kelseniano foram nodais para fundamentar o pensamento do administrativista austríaco Adolf Julius Merkl (1890-1970). Em síntese, Merkl explica que a própria legislação tem

³¹ Os mais famosos comentários à Constituição de Weimar são os de Gerard Anschütz (1867-1948): **Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11 August 1919: Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis**. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1965.

³² Observação feita por Michael Stolleis (*Op. Cit.*, p. 121).

³³ Falar da obra de Kelsen neste ensaio renderia um estudo amplo, transbordando dos limites a que nos propusemos. Então, preferimos não explorar sua obra, para nos concentrar no estudo do desenvolvimento do direito administrativo alemão. No Brasil, há um livro clássico sobre o tema e que resume o pensamento do filósofo austríaco: COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

elementos que permitem sua aplicação, desnecessitando-se de outras ciências para tanto – veja a proximidade estrita com a obra de Kelsen, de quem foi aluno. Aliás, essa é uma das críticas que se faz à obra de Merkl: não se conseguir diferenciar o conteúdo da lei, da sua aplicação. Adolf Merkl³⁴ nega a existência de direitos públicos subjetivos, e foca seus argumentos na ideia de que não se possa ter direitos deste teor em uma relação tão desigual, como é a administrativa. Contudo, este entendimento não ecoa no cenário contemporâneo.

Outro entendimento do autor sobre o tema pode ser exposto: Merkl³⁵ analisa a discricionariedade a partir da teoria geral das normas, porque esta qualidade resultaria do processo de formação dos atos normativos. Adotando a “pirâmide normativa” de Kelsen, Merkl defende que cada tipo de norma possui um determinado grau de discricionariedade. A cada etapa da produção normativa (Constituição, lei, decreto, ato administrativo etc.), partir-se-ia do abstrato, ao concreto. Assim, as normas de grau superior teriam de deixar uma margem de discricionariedade para a disciplina normativa da fonte de Direito que está em nível inferior. A regra subordinada, portanto, não poderia ser totalmente determinada pela de nível acima. Essa ideia não pode ser aceita, porque colocaria a discricionariedade na relação entre as regras, quando que, na verdade, ela está alocada na relação entre as regras e os sujeitos³⁶, ou melhor, na relação entre as regras e os atos praticados pelos sujeitos. Além disto, o espaço de mediação que o legislador possui diante da Constituição Federal se centra em uma questão de processo legislativo, e não de Administração Pública. Ora, se a decisão judicial está na base do sistema, não se admitiriam, pelos termos da teoria de Merkl, controle de constitucionalidade que agregasse uma interpretação, alargando, por exemplo, o âmbito de incidência, porque seria o mesmo, caso mantida a doutrina do autor europeu, que se exceder às balizas do poder discricionário. E esta hipótese não pode ser aceita, ao menos em termos de sistema jurídico brasileiro. A discricionariedade não deixa de ser um problema de submissão de um sujeito ao Direito. A tese de Merkl, caso levada a sério, traduziria as regras jurídicas como “ações”, quando que, em verdade, não passam de

³⁴ MERKL, Adolf. **Allgemeines Verwaltungsrecht**. Wien-Berlin: Springer, 1927.

³⁵ Idem.

³⁶ HAURIUO, André. Poder discricionário e sua justificação. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 19, jan.-mar 1950, p. 28.

limitações e ordenamentos conferidos aos sujeitos. Veja que as regras traçam as linhas de atuação das pessoas jurídicas de direito público. Em certas matérias, inclusive, concedem independência à atuação do administrador, uma vez que ela não chega a limitar e a precisar à exaustão as condutas administrativas, remanescendo uma zona de oportunidade.

É claro que a *Teoria Pura do Direito* de Kelsen e Merkl receberia opositores. E o principal deles foi Herman Heller (1891-1933). Inspirado em Hegel, opõe-se frontalmente a Kelsen e Carl Schmitt, porque entende que não se pode separar o Estado da política. Afinal, a política estaria enraizada em toda instituição pública³⁷. Portanto, a estrutura estatal não pode deixar de ser vista sociologicamente – o que é frontalmente contrário à ideia de Kelsen e Merkl. Para Heller, o Estado somente pode ser justo se for social e relacionado com aquilo que é real. E isto não é entregue pelo rigorismo da *Teoria Pura do Direito*³⁸. De certo modo, Heller procura um Estado refletindo aquilo que é real, e este é o sentido de justiça do autor. Ainda como contraponto à teoria kelseniana, podemos destacar a doutrina de Rudolf Smend (1882-1975). Em 1928, ele desenvolve a “Teoria da Integração” na obra (*Verfassung und Verfassungsrecht* ou *Constituição e Direito Constitucional*)³⁹. Em linhas gerais, Smend contesta o objetivismo racional de Kelsen, afirmando que o Estado influencia o indivíduo e vice-versa. Esta integração estabelece um entrelaçamento de processos intelectuais, em uma dialética não objetiva ou mecanicista, porque afeta uma tábua de valores advindos do seio social. Smend pensa um “Estado material” oposto ao “Estado formal” de Kelsen. Daí porque não se pode abdicar de uma tábua de valores que são fluentes do direito e para com ele – compreendendo uma “ordem objetiva de valores”. Então, haveria uma natural interação entre o Estado e o indivíduo, em um processo contínuo e renovador⁴⁰.

Por fim, para fechar esse período da História, merece ser citada a obra de Walter Jellinek (1885-1955), que foi orientado academicamente por Paul Laband. Em 1927, o autor publica a obra *Verwaltungsrecht* (tradução nossa: “Direito administrativo”), contando com a

³⁷ E o faz na sua obra *Staatslehre*, de 1934 (versão traduzida: HELLER, Herman. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968).

³⁸ STOLLEIS, Michael. *Op. Cit.*, p. 131-132.

³⁹ SMEND, Rudolf. **Verfassung und Verfassungsrecht**. München: Duncker & Humblot, 1928.

⁴⁰ BERCOVICI, Gilberto. O Estado Integral e a simetrização das classes sociais em Pontes de Miranda: o debate dos anos 1930. **Revista Direito e Práxis**, v. 6, n. 2, p. 272-293, jun. 2015.

terceira edição em 1931. Hoje, tal livro foi reimpresso pela renomada editora *Springer*⁴¹. A originalidade da obra reside em dois aspectos: o método é essencialmente enciclopédico, ou seja, adota a exposição a partir de uma série de conceitos que vão guiar o leitor a compreender o direito administrativo. E seu conteúdo expõe o tema primeiro em uma parte geral (teórica), seguida de outra especial (prática). Com isto, Jellinek estabelece uma série de novas definições e classificações. Exemplo: administração soberana e não soberana; ato administrativo bilateral e unilateral (impositivo); confere largas bases teóricas à discricionariedade administrativa; a categoria “proteção jurídica” presente no direito privado é adaptada ao direito administrativo; etc.⁴²

Uma das grandes contribuições do autor foi relacionar o princípio da proporcionalidade às mais diversas áreas do direito, sendo que, no direito administrativo em específico, tal instituto permitiria sindicar a discricionariedade. Então, o autor reconfigura muitas das bases do controle dos atos administrativos e do exercício das funções públicas, como a de polícia⁴³. Também, importante trazer à tona sua contribuição comentando a Constituição de Weimar de 1919⁴⁴. No Brasil, sua obra influencia a maioria dos juristas⁴⁵.

Percebemos que este período da História foi extremamente rico para o desenvolvimento do direito administrativo alemão, não só pela produção acadêmica de autores que até hoje influenciam o mundo inteiro, mas também pela concepção de institutos nodais no tema. Então, o curso da história do desenvolvimento do direito administrativo é interrompido pela ascensão do nazismo e pelo início da 2ª Guerra Mundial.

Não trataremos aqui de comentar o período de ascensão do nacional socialismo que levou ao nazismo, porque o direito administrativo como ramo científico foi abolido, sendo substituído pelo direito do Estado ou pelo “direito do regime”. Logo, não é difícil ver que era

⁴¹ JELLINEK, Walter. **Verwaltungsrecht**. Berlim: Springer, 1931 (cópia da edição original). Ou se pode consultar, ainda: JELLINEK, Walter. **Verwaltungsrecht**. Berlim: M. Gehlen, 1966.

⁴² Idem.

⁴³ Uma das frases de Walter Jellinek que são marcantes é: “*Die Polizei soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen*”, ou “não se abatem pardais com canhões”.

⁴⁴ JELLINEK, Walter. **La Constitución de Weimar: La Constitución alemana de 11 de agosto de 1919**. Madrid: Tecnos, 2019.

⁴⁵ Por todos, destaco a obra de Ruy Cirne Lima (1908-1984) não só em termos de conteúdo, mas pelos laços fraternais que os relacionavam. Cabe dizer aqui que, durante a 2ª Guerra Mundial, Walter Jellinek foi perseguido pelos nazistas e, depois do conflito, contou que somente sobreviveu ao conflito graças à ajuda que o jurista gaúcho lhe enviara via Cruz Vermelha.

um direito ideológico e dirigido. Além disto, o período é marcado por um número amplo de deploráveis fatos históricos, que sequer podem levar a algum grau de relevância científica na avaliação do desenvolvimento do direito administrativo como categoria científica. Seu estudo merece ser feito pela História, na medida em que se deve apreender com estes erros para nunca mais repeti-los.

E aqui outro apontamento merece ser feito: não trataremos do direito administrativo da Alemanha Oriental (soviética), criada depois do conflito, até porque o direito administrativo ali era ele inexistente⁴⁶. Então, passemos ao estudo do desenvolvimento de tal ramo da ciência jurídica, tão ricamente delineado e tão relevante na Alemanha Ocidental.

4. DEPOIS DA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL (1939-1945)

Depois da 2ª Guerra Mundial, praticamente tudo precisava ser reconstruído na Alemanha. Em termos jurídicos e acadêmicos, tinha-se de reerguer desde as Universidades, até as revistas⁴⁷. E havia um dilema claro: como estruturar um sistema jurídico-positivo que não repetisse os horrores nazistas que foram praticados com fundamento em um suposto “Estado de direito”? Aplicou-se, então, a “fórmula de Radbruch”, ao se afirmar que “direito extremamente injusto não é direito”. Assim, um direito para ser válido, deveria se ajustar também aos ditames materiais de conteúdo (“justiça material”), e não somente às questões formais. Assim, uma agressão extrema e insuportável contra os mandamentos elementares não pode ser acolhida e declarada justa. No caso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 foi um fundamento eloquente.

Radbruch, em síntese, pretende que o direito realize, conjuntamente, os valores da conveniência social (o direito deveria ser útil para o povo), da justiça (tratamento igualitário entre o povo) e da segurança jurídica (previsibilidade das relações jurídicas). Estes “valores” seriam o “núcleo-duro” da própria noção de direito. Diante da tensão entre os três valores, o autor eleva a segurança jurídica como proeminente, porque, assim sendo, garantir-se-ia a ordem social⁴⁸.

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ STOLLEIS, Michael. *Op. Cit.*, p. 161-169.

⁴⁸ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. São Paulo: Wmfmartins, 2010, p. 47 e 53. Essa ideia é retomada nas p. 108-109 da mesma obra.

O positivismo-ideológico do autor é refeito depois do término da 2ª Guerra Mundial, conforme é exposto logo no início do artigo intitulado “Cinco minutos de filosofia do direito”⁴⁹, publicado em 1945. O autor sugere, neste trabalho, a existência de um “direito supralegal” para validação do direito positivo – apesar de esta ideia não ter um aprofundamento teórico-filosófico. Então, o autor propõe expressamente o retorno do direito natural⁵⁰, de modo que as normas positivas extremamente injustas não poderiam ser consideradas válidas e, portanto, seriam desconsideradas como direito vinculante. Aqui, o autor claramente passa a entender que a segurança jurídica já não deveria deter papel protagonista, mas sim a centralidade estaria no valor da justiça diante de casos de “injustiça extrema” – o autor retoma a ideia dos três valores centrais da sua ideia de direito⁵¹.

O “direito injusto”, chamado por Radbruch de “direito incorreto”, ainda assim vincularia as relações sociais. Isso só não viria a ocorrer em “casos de injustiça extrema”, momento em que as normas deveriam ser desconsideradas⁵². Um exemplo de “norma supralegal”, para o autor, seria os direitos humanos, os quais preveem princípios inequívocos e universalmente compartilhados. Quando uma regra de direito positivo violasse tal catálogo de direitos, ela deveria ser reputada nula.

Essas ideias serão naturalmente contestadas por Ernst Forsthoff (1902-1974)⁵³. Sobre este doutrinador, há que se fazer algumas advertências. Era discípulo de Carl Schmitt e foi um defensor da constitucionalidade do nacional-socialismo, o que fica claro na obra “O Estado Total”⁵⁴. Depois da guerra, apesar da sua ligação com o nazismo, voltou a lecionar em Heidelberg e teve uma destacada produção bibliográfica. Referencio, além dos textos já mencionados, a crítica enfática feita às decisões do Tribunal Constitucional que determinavam a concretização do Estado social por meio de decisões mandamentais ou prestacionais.

⁴⁹ RADBRUCH, Gustav. Cinco minutos de filosofía del derecho. In: RADBRUCH, Gustav. **Relativismo y derecho**. Bogotá: Editorial Têmis, 2009, p. 69.

⁵⁰ RADBRUCH, Gustav. *Op. Cit.*, p. 180.

⁵¹ Logo, somente nestes casos extremos é que a segurança jurídica daria lugar ao mencionado valor da justiça.

⁵² A “fórmula de Radbruch” é exposta com detalhes em: RADBRUCH, Gustav. Arbitrariedad legal y derecho supralegal. In: RADBRUCH, Gustav. **Relativismo y derecho**. Bogotá: Editorial Têmis, 2009, p. 25 e ss.

⁵³ FORSTHOFF, Ernst. **Traité de droit administratif allemand**. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1969.

⁵⁴ FORSTHOFF, Ernst. **Der totale Staat**. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1933.

Retomando nosso percurso histórico, a segunda metade do Século XX pode ser considerada de extrema importância, porque é modificada a dinâmica das relações internas e externas do Estado. A Constituição (ou “Lei Fundamental”) não só cria a unidade do direito, como protagoniza estabilidade e confere centralidade aos direitos fundamentais⁵⁵. Com ela, são editadas as “Constituições” dos Estados da federação (*Länder*⁵⁶). Tanto a Lei Fundamental, como as Constituições dos Estados-federados são influenciadas pelo direito natural e pelos valores da Constituição de Weimar de 1919.

Em termos de jurisdição, acima de todos os tribunais superiores está o Tribunal Constitucional Federal. E é peculiar notar que cada Estado pode deter um Tribunal Constitucional Estadual, o qual viria a julgar questões que contrariam a Constituição Estadual. Contudo, a maioria das causas referente, por simetria e reflexamente, a Lei Fundamental Federal, o que levaria ao esvaziamento das competências daqueles Tribunais Constitucionais dos Estados. Então, é o Tribunal Constitucional Federal quem exerce a jurisdição constitucional.

As questões supranacionais são decididas pela Corte Europeia. E se visto um conflito de competência entre esta última e o Tribunal Constitucional Federal, é empregado o princípio da autoexclusão, ou seja, deve-se perceber se a Corte Europeia é mais eficaz do que a Corte local. Se isto ocorre, declina-se a competência àquela jurisdição, e vice-versa.

Desde a sua criação, o Tribunal Constitucional Federal protagonizou a tutela das garantias da Lei Fundamental em uma série de aspectos. E a corte pode ser chamada a se manifestar em qualquer processo, o que se faz em controle concentrado. Na prática, quando a questão constitucional é alegada, o processo é suspenso e o tema é levado ao Tribunal Constitucional, quem detém o monopólio de decidir o tema. Logo, a Alemanha só conhece o controle concentrado de constitucionalidade⁵⁷. Não tardou para o *Bundesverfassungsgericht* (BVG) desempenhar o papel de concretizar a Lei Fundamental nos vários casos relevantes da Nação; manter os valores fundamentais da Lei Fundamental; dar pacificidade à Nação

⁵⁵ A Lei Fundamental editada em 1949 deveria ser transitória, mas não foi o que ocorreu.

⁵⁶ Os *Länder* desempenham as principais funções administrativas. Daí porque Constituição de cada qual e a jurisprudência produzida no Tribunal de cada ente referido são por deveras importantes.

⁵⁷ Hoje, um quarto do Parlamento pode votar e encaminhar uma questão constitucional ao Tribunal Constitucional Federal.

quando a formação da vontade popular estiver desagregada; atualizar o direito a partir das modificações sociais perpetradas⁵⁸.

Assim, a Corte Superior alemã tem papel de atualizar o texto jurídico de acordo com as modificações da realidade, e centralizar a Constituição diante de assuntos variados. A manutenção dos valores da Constituição (“vontade da Constituição”) passa a ser central na atuação da Suprema Corte, o que lhe garante legitimidade para agregar e tranquilizar a Nação. Os valores eram aplicados porque sempre houve um consenso sobre eles desde a jurisprudência de valores da década de vinte do Século XX. E porque se conseguiu formar um todo coerente e científico ao redor da Constituição⁵⁹.

O TCF é considerado órgão integrante do Poder Judiciário ao menos em termos formais, porque, na prática, possui orçamento e autonomia próprios. Suas competências são definidas na Lei Fundamental (art. 94). Mas esta mesma norma permite que lei ordinária federal possa definir outras competências, o que, no Brasil, seria inadmissível⁶⁰. Surge assim a “lei orgânica do TCF” (*BVerfGG*), resumindo as seguintes competências do TCF:

- Controle abstrato de normas;
- Controle concreto de normas – em face de casos concretos;
- Verificação normativa – a constitucionalidade de um projeto de lei, em casos excepcionais, pode ser proferida;

⁵⁸ Na Alemanha, a “apresentação judicial” é coerente com o controle de constitucionalidade exclusivo junto ao TCF. Na prática, os processos submetidos a exame em concreto, em que se visualizem discussão acerca da constitucionalidade das leis, e para a solução daquele caso é necessário saber se a norma é ou não constitucional, o juiz encaminhará a questão ao Tribunal Constitucional. Se o magistrado tem dúvida neste sentido, ele fará um parecer externando os motivos pelas quais ele considera consistente a dúvida. Então, o TCF poderá: (a) declarar que não há controvérsia, determinando que o magistrado dê prosseguimento à demanda. O TCF tem discricionariedade na apreciação da causa; (b) O TCF pode reconhecer que há controvérsia constitucional, suspendendo as demais demandas similares. E, após, passa a decidir a questão constitucional. Há, aqui, um imperativo de segurança jurídica;

⁵⁹ STOLLEIS, Michael. *Op. Cit.*, p. 185. É eloquente neste tema o caso Lüth (1958), quando se entendeu que os valores constitucionais poderiam penetrar em todo o sistema jurídico, e este seria pautado por estes valores.

⁶⁰ Com exceção da ADPF, porque a Lei nº 9.882/99 criou a arguição autônoma e a incidental (controvérsia interpretativa e constitucional relevante sobre preceito fundamental, ou seja, quando dois tribunais proferem decisões diversas sobre este tema). E o STF disse que esta ADPF incidental não poderia ser criada por lei, porque só a CF/88, art. 102, é que pode definir a competência do Supremo. Isso foi em uma Medida Cautelar em ADI. Mas, na prática, a Suprema Corte vem aceitando este “controle incidental”, contrariando o que foi decidido na citada cautelar. O mesmo raciocínio em termos de competência constitucional foi visualizado na ADI nº 2.797.

- Reclamação constitucional, considerado o que no Brasil se conhece como “Recurso Extraordinário”, e reclama o esgotamento das instâncias recursais. É possível o “percurso de urgência”, que permite pular instâncias recursais, sendo a causa analisada diretamente pelo TCF;
- Lides entre órgãos estatais;
- Lides entre órgãos membros;
- Proibição de partido político, porque na Alemanha é possível extinguir estas instituições quando elas atentem contra o sistema jurídico.

Foi um passo para uma série de institutos jurídicos serem reconhecidos: interpretação extensiva dos direitos fundamentais; fixação de regras de ponderação entre eles; concepção basilar da proporcionalidade; definição da eficácia do possível; o direito administrativo prestacional passa a ser praticado ao lado do direito administrativo interventor. Com base em tudo isto, a relação jurídico-administrativa passa a ser considerada duradoura, como uma espécie de “contrato contínuo” entre Estado e indivíduos. A igualdade passa a ser fundamento à proteção jurídica unitária.

Então, os vários direitos fundamentais consagrados na “lei maior” da República alemã pautaram uma série de julgados envolvendo a atividade administrativa. E estes julgados normalmente refinavam ou refreavam a atuação do Estado em determinadas áreas. Explico: se a Lei Fundamental relaciona uma série de direitos básicos do ser humano (v.g. liberdade de expressão, direito de propriedade, liberdade de comércio etc.), a atuação que desconsidera estes direitos deve ser anulada.

Mas esta não era uma tarefa simples, porque os direitos constitucionais são expressos em textos mais genéricos e abstratos, enquanto que as normas que tutelam as atividades administrativas tratam do tema de modo mais específico e concreto. Então, a tarefa de interpretar os textos e conjugar tais panoramas normativos forjou uma série de institutos, como os mecanismos de interpretação constitucional, o instituto da segurança jurídica etc.

Logo, não fica difícil compreender que a lógica de um Estado prestacional se torna ainda mais aguda. A Administração Pública agora seria também a promotora de serviços, como forma de propiciar uma melhoria das condições sociais (*Daseinvorsorge*). É comum que se diga que a segunda metade do Século XX revela a existência de três formas de

administração pública: (1) a administração de intervenção (*Eingriffsverwaltung*); (2) a administração de serviços (*Leistungsverwaltung*); (3) ou a administração de gestão (*Lekungsverwaltung*). Então, logo depois da 2ª Guerra Mundial, o direito administrativo alemão tinha um duplo viés: dar continuidade aos institutos do passado forjados por Séculos, mas iniciar a concepção de outro direito relacionado aos valores constitucionais e sociais a que se propunha o “novo” Estado germânico pós-guerra⁶¹.

Um resumo deste entrelhecho de liberalismo com o Estado-prestacional que se impunha pôde ser visto em um fato marcante no direito administrativo: a edição da *Lei do Processo Administrativo – Verwaltungsverfahrensgesetz*. (VwVfG), promulgada em 25 de maio de 1976, entrando em vigor no dia 1º de janeiro de 1977. É curioso que a ideia da lei de processo tenha surgido no 43º Congresso de Juristas Alemães, realizado em Munique no ano de 1960. Na verdade, tinha-se o intento (e a necessidade) de se codificar uma parte geral do direito administrativo. Com isto, propunha-se racionalizar a organização administrativa e se otimizar a atuação das esferas públicas. Então, consagraram-se linhas gerais ao projeto de lei, as quais foram conduzidas por especialistas no tema, entre eles Otto Bachoff, Carl Hermann Ule e Ludwig Fröhler. A tal lei que deveria se ocupar apenas dos aspectos procedimentais, ampliou seu espectro para regular temas conexos, como o exercício de cargos públicos, nulidade do ato administrativo, direito de auxílios públicos etc. É certo que se abriu um espaço para a proteção de direitos fundamentais, para a concretização do consenso e para a manifestação do cidadão⁶². Na década de oitenta do Século XX, deu-se início à publicação de uma série de livros que comentaram detalhadamente o referido marco normativo⁶³.

A lei de processo citada gerou tamanho impacto que se ousa dizer que existe direito administrativo antes e depois desta norma. Ela positiva uma série de institutos, definições e práticas que pautam sensivelmente a atividade administrativa. O exercício da atividade estatal passou a ser amplamente conformado e regulado pela tal legislação, e por isto se diz

⁶¹ Falo da Alemanha Ocidental, porque, para lembrar, o Estado germânico ficou dividido até 1989.

⁶² CORREIA, Jorge Alves e ISENBERG, Andreas. *Op. Cit.*, p. 16-17.

⁶³ Destaco, aqui: BASCHOFF, Otto; STORBER, Rolf; WOLFF, Hans. **Verwaltungsrecht**. München: Beck v. 1, 2 e 3, 1999, 2000 e 2004. E os cinco volumes da obra de: STERN, Klaus. **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutsch**. München: Beck, 2006.

dela a síntese do direito administrativo produzido até então⁶⁴. E, originalmente, tal lei trata da figura do contrato administrativo (arts. 54 a 62)⁶⁵.

Em alguma medida, as obras até então por nós citadas influenciaram a lei do processo administrativo alemão. E ainda pode-se mencionar mais alguns livros que foram importantes nesta construção teórica dogmática e que fortificaram os alicerces do direito administrativo alemão, sem terem até então sido por nós referenciadas: ficou faltando as obras de Lorenz Von Stein⁶⁶ (Século XIX) e Hans Julius Wolf⁶⁷ (Século XX).

O efeito colateral não desejado oriundo da referida legislação consiste em conferir maior complexidade à decisão que tem por base múltiplos regulamentos, quando que processada em um plano único. Isso porque, contemporaneamente, existem “campos mistos de regulação” para a proteção dos bens constitucionais protegidos (v.g. meio ambiente, criança e adolescente, investimentos etc.).

Terminando a análise do percurso histórico posterior à 2ª Guerra Mundial, é justo e necessário abordar outro autor que ganhou fama na segunda metade do Século XX: Hartmut Maurer (1931). Sua obra tem grande prestígio no mundo e foi, no Brasil, traduzida em algumas oportunidades⁶⁸. Suas contribuições ao direito administrativo são fundamentais e resumidas no livro *Allgemeines Verwaltungsrecht*⁶⁹. A visão contemporânea do direito administrativo alemão pode ser sentida na análise feita pelo autor notadamente na sua exposição sobre os institutos da proteção da confiança legítima, na defesa dos contratos administrativos, na necessidade de enaltecer as figuras de consenso, entre tantos outros temas.

⁶⁴ CORREIA, Jorge Alves e ISENBERG, Andreas. **Lei alemã do procedimento administrativo**. Guia de leitura e anotações. Coimbra: Almedina, 2013, p. 13.

⁶⁵ O contrato disciplinado por tais regras não se aproxima ou se confunde com o modelo jurídico francês.

⁶⁶ STEIN, Lorenz Von. **Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts Mit Vergleichung der Literatur und Gesetzgebung Von Frankreich, England und Deutschland**. Stuttgart, Berlog, 1870.

⁶⁷ WOLFF, Hans. **Verwaltungsrecht**. München: Beck, 1968.

⁶⁸ MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001 – trata-se mais de uma compilação de textos de diversas palestras proferidas no Brasil traduzidas para o português. MAURER, Hartmut. **Contributos para o Direito do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007 – coletânea de artigos do autor. Ambas as obras foram traduzidas por Luís Afonso Heck.

⁶⁹ MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Belo Horizonte: Manole, 2006.

Percorrido esse secular percurso que expôs a construção do direito administrativo alemão, resta dizer como ele se processa hoje, quais seriam os seus desafios e o que podemos aprender com ele. Passemos ao próximo tópico.

5. ATUAL LÓGICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO ALEMÃO

O direito administrativo, assim como outros ramos do direito – exemplifico o direito civil –, foi impactado por legislações que continuam em sua estrutura cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados⁷⁰. Os conceitos jurídicos indeterminados revelam a possibilidade de se ter uma “faixa de sentidos”, ou seja, não levam a um sentido unívoco⁷¹. Conforme refere Almiro do Couto e Silva⁷², a discricionariedade advém das opções ofertadas pelo texto normativo incidente. Por exemplo, uma norma pode prever escolhas de “A” a “Z”, ou de “A” a “F” etc. Ou, ainda, pode permitir que a autoridade pública opte somente pelas alternativas “A”, “B” e “C”. Ou, simplesmente, a regra poderá prever que se escolha somente a alternativa “A” – neste último caso, se não existir liberdade de atuação quanto ao momento, estaremos diante de ato administrativo vinculado. Daí porque não existe discricionariedade diante de um vazio legal. Este nicho é preenchido pela interpretação, o que reforça a tese de que, diante de conceitos jurídicos indeterminados, não se está a tratar de discricionariedade administrativa⁷³. Logo, um conceito desta natureza não implica uma livre eleição dentre várias possibilidades permitidas, senão um problema de aplicação do direito, que consiste, essencialmente, em reduzir o marco de decisão a uma única solução justa. A liberdade de adequação legislativa (*gesetzlicher Gestaltungsspielraum*) parte de dois pressupostos: quando o legislador oferta opções claras de atuação (fazer isso ou aquilo), momento em que se tem discricionariedade administrativa; ou, ainda, quando conforma uma adequação por meio da interpretação (*auslegung*), o que infere um juízo de subsunção

⁷⁰ FORSTHOFF, Ernst. *Op. Cit.*, p. 149.

⁷¹ MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2001, p. 54.

⁷² COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado** – cadernos de direito público. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, n. 57, 2003, p. 99-100. O mesmo texto pode ser conferido em: COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. v. 179, jan.-jun., 1980, p. 51-92.

⁷³ Para tanto, André Gonçalves Pereira formula uma notável afirmação: “A discricionariedade começa onde acaba a interpretação (...).” (PEREIRA, André Gonçalves. **Erro e ilegalidade no acto administrativo**. Lisboa: Ática, 1962, p. 217).

do suporte fático à norma. A liberdade de decisão não se confunde com a liberdade de apreciação⁷⁴. A discricionariedade administrativa, partindo do paradigma aqui evidenciado, não está presente em uma questão de cognição (*Erkenntnis*), mas em um problema de decisão (*Entscheidung*). Se assim o é, o controle da cognição pode ser feito diante dos conceitos jurídicos indeterminados.

Por vezes, diante deste espectro libertário e da generalidade das autorizações legislativas para atos técnicos e destinados a situações amplas e concretas, torna-se praticamente impossível o controle de legalidade dos atos administrativos. Assim, as razões técnicas determinantes da decisão do gestor público, em certos casos, não vêm à tona, o que poderia fundamentar uma opção não mais somente política, mas ao mesmo tempo, com qualificação técnica⁷⁵. Afinal, “[...] o Direito é a estrada, não sem barreiras, por onde transitam os anseios e as determinações da justiça e da igualdade. (...) É assim o Direito. É técnica e é valor.”⁷⁶. Por isto que as decisões sobre planejamento passam a serem passíveis de controle jurisdicional, assim como se admitem decisões ponderativas da Administração Pública.

Essa “porosidade” do sistema jurídico que se dá pela maior generalidade ou abstração de alguns textos normativos – conforme exposto logo antes – logo rende outro efeito: o sistema jurídico se deixa penetrar pelos valores fundamentais da República, notadamente ligados aos direitos fundamentais. E isto é visto no famoso caso Lüth, julgado pelo Tribunal Constitucional alemão no começo do ano de 1958, o qual se tornou um paradigma para a percepção do tema da teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais. Reconhece-se que um particular poderia opor direitos fundamentais a outro particular⁷⁷.

⁷⁴ SAINZ MORENO, Fernando. **Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa**. Madrid: Civitas, 1976.

⁷⁵ HEINEN, Juliano. Para uma nova concepção do princípio da legalidade em face da discricionariedade técnica. **Revista Forense**: Rio de Janeiro, v. 412, nov-dez. 2010, p. 456.

⁷⁶ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro: comentários à Constituição e ao Código Tributário Nacional, artigo por artigo**. Rio de Janeiro. Forense, 1999, p. 3.

⁷⁷ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo:Malheiros. 2004, p. 168-169.

O caso *BVerGE 49, 89 (Kalkar I)* é outro exemplo disto que estamos a debater: discutia-se se era possível a instalação de uma usina nuclear na cidade de Kalkar. O Tribunal Administrativo decidiu que a concessão da licença nuclear não poderia ter base na lei geral que trata do tema. Há de se ter reserva de lei⁷⁸, respeitando a primazia do parlamento. O Poder Executivo não poderia decidir sobre a licença em questão, porque a lei que trata do tema nuclear na Alemanha não previa esta possibilidade. Então, caberia ao Poder Legislativo fazer esta escolha, porque cabe a ele normatizar situações que tenham a magnitude de impactar na vida dos cidadãos. Assim, para não existir violação da separação dos poderes, o Legislativo e o Executivo deveriam atuar em conjunto. Contudo, o Tribunal Constitucional Federal entendeu que a redação aberta da lei atômica, em vez de violar a Lei Fundamental, ela contribui a proteger vários casos que possam ocorrer no futuro. Além disto, a necessidade de se ter lei específica a respeito da instalação da usina atômica traria ao Poder Legislativo o monopólio no tema, o que é inadmissível. Aliás, a exigência de especificidade legal é inviável.

Com a criação da União Europeia, o direito administrativo teve de ser repensado ou, no mínimo, foi-lhe imposto dialogar com o direito oriundo do bloco comum. Não tardou para que as noções de “reserva do possível”, “mínimo existencial”, “contrato administrativo” fossem categorias que deveriam ser percebidas por tal ramo do direito. A proporcionalidade, tão cara para medir a atuação do Estado, passou agora a ponderar os direitos fundamentais da Carta de Direitos Humanos da União Europeia.

A relação do direito da União Europeia em relação ao direito interno foi objeto de dois importantes julgamentos. O *Solange*⁷⁹ I (*BVerfGE 37, 271*), decidido em 1974, tratava de um questionamento sobre ato de licença de exportação. O Tribunal de Frankfurt encaminha pedido ao Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, o qual disse que valeria as diretivas do bloco. A corte alemã perfaz um controle de constitucionalidade junto ao TCF, o qual se manifestou dizendo que o direito comunitário não tinha prevalência para com o direito interno. Seria ele um direito independente, ao lado o direito alemão. Assim, a corte europeia não poderia tratar da aplicação do direito comunitário no âmbito interno dos Estados-partes. E o TCF não pode tratar do controle do direito dos tratados, mas pode verificar a

⁷⁸ Apesar de a **reserva de lei** não estar prevista expressamente na *Lei Fundamental*.

⁷⁹ *Solange* significa “até então”.

aplicabilidade destas regras no âmbito interno. O TCF também entendeu que não havia uma definição clara dos direitos fundamentais oriundos do bloco e incidentes aos cidadãos europeus. Houve uma interpretação do art. 24 da Lei Fundamental, que trata da transferência de soberania do Estado Alemão, abdicando de competências. E o dispositivo fala em “estados” federados, sem que a União vete.

O caso *Solange II* (BVerfGE 73, 359), de 1986, aborda a seguinte situação: um empresário alemão teve negada autorização para importar cogumelos de *Taiwan*. Propôs demanda na justiça administrativa de Frankfurt, a qual negou-lhe a pretensão. Então, o autor recorre à segunda instância, tendo sido confirmada a vedação. Daí, o referido sujeito recorre ao Tribunal da Corte europeia, que mantém a vedação. Inconformado, o comerciante recorre ao TCF. Esta Corte modifica seu entendimento sobre o tema, alegando que as decisões do Tribunal Europeu são soberanas quanto à análise das normas fixadas pelos tratados. E as cortes internas e comunitária não estariam justapostas, mas interligadas e abertas a efeitos recíprocos. Ademais, o TCF alemão considerou que sua intervenção seria legítima se estivéssemos diante de um quadro menos benéfico em relação aos direitos fundamentais. Assim, a partir do *Solange II*, o TCF germânico não poderia mais rever a aplicabilidade das convenções internacionais.

- Normas primárias ou originárias: são os Tratados que fundam a União Europeia;
- Normas secundárias ou derivadas: são normas produzidas pelos membros do Bloco, e os regulamentos são normas que têm efeitos imediatos. Já as diretivas são normas que estabelecem objetivos a serem alcançados, e o Estados escolhem qual a medida que deverá ser adotada, podendo dizer, inclusive, que seu direito já implementa a meta contida na diretiva. A diretiva pode fixar prazo para que seja concretizado o objetivo – é um caso de *enforcement*.

Logo, fixam-se cadeias de permissividade e de controle, onde a regulação ganha um papel proeminente. Este feixe de normas reclama uma agregação e integração, a qual deve ser feita pela dogmática do direito administrativo⁸⁰. As tarefas e a posição da Administração Pública devem se alternar no estudo do tal ramo da ciência jurídica. A partir do momento

⁸⁰ STOLLEIS, Michael. *Op. Cit.*, p. 219-220.

que um cidadão possui direitos subjetivos, o Estado deve garantir posições jurídicas – instituto este que seria uma espécie de “consequência” do fato de se deter direito subjetivo. A Lei Fundamental alemã possui um direito fundamental (art. 2º) que é chamado de “liberdade de ação geral”, ou “livre desenvolvimento da personalidade”. Traz aquilo que se chama de “direito fundamental-mãe”, porque a personalidade pode ser desenvolvida de várias formas, ‘pela escolha da religião, da manifestação do pensamento, da livre expressão etc. A partir deste direito retiram-se várias posições jurídicas⁸¹.

Também, contemporaneamente, percebeu-se que as regras de direito administrativo somente podem fazer restrições a um direito fundamental se duas medidas forem implementadas: deve existir lei expressa neste sentido, e esta lei deve prever qual o direito fundamental está sendo atingido, necessitando-se citar qual dispositivo está sendo relativizado. Isso ficou claro no *BVerGE 53, 50 (Mülheim-Kärlich)*. Aqui, questionou-se uma licença para instalação de uma indústria nuclear. Alegava que medidas preventivas a acidentes (como, por exemplo, no caso de queda de aviões, pressão dos reatores etc.) não haviam sido consideradas. A Suprema Corte considerou que era constitucional o uso da fissão nuclear para a produção de energia, não cabendo ao TCF discutir este assunto. Tratava-se de um assunto político, sendo que a responsabilidade política pela regulamentação de tal tema competia ao legislador. E a corte entendeu que a Administração Pública cumpriu com seu dever de preservação do meio-ambiente, porque havia sido instaurado as medidas que lhe competiam, o que implementava este requisito. De outro lado, o Estado assumiria uma corresponsabilidade para com eventuais riscos com a instauração de um procedimento em que participariam, inclusive, os interessados (*v.g.* possíveis atingidos).

Portanto, contemporaneamente, o direito administrativo alemão centraliza seu debate essencialmente no controle da restrição dos direitos fundamentais pelos atos

⁸¹ Caso *Tonband* (*BVerfGE 34, 238*) – aceitou a gravação clandestina de um sujeito em relação ao outro, isto na década de setenta. Exemplo de aplicação prática deste direito: se a palavra é uma extensão da pessoa, cabe ao indivíduo decidir o que será feito com a palavra, inclusive se será gravada ou não. Mas isto não se aplica nos casos em que há interesse preponderante da coletividade, no caso de crimes, por exemplo. Neste caso, a gravação secreta poderá ser permitida, sendo que o livre desenvolvimento da personalidade pode ser relativizado. Então, há de se ter, nesta situação, verdadeira ponderação (no caso concreto), revelando um alto grau de casuismo.

administrativos. E este controle é feito com base na proporcionalidade. Logo, este postulado é central no debate que perpassa os dias atuais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi percebido que o direito administrativo alemão não é produto de revoluções ou rupturas, como comumente se diz em relação ao direito francês. Tal ramo da ciência jurídica foi construído paulatinamente, a partir do direito produzido nos *Länder* e no *Reich*⁸². E isto se deu a partir da renúncia a uma legitimidade divina, a partir da profissionalização do aparelho burocrático e com base na consolidação do Estado de Direito.

É visto que o direito administrativo alemão tem sua consistência em um tecnicismo científico, formando um pensamento que, apesar de homogêneo, teve uma intensa evolução, notadamente depois da 2ª Guerra Mundial. Neste panorama, diferencia-se, por exemplo, do direito administrativo francês que era formatado casuisticamente. Então, até hoje sente-se que o direito alemão como um todo, incluindo o administrativo, é pautado pelo conceitualismo, dogmaticidade e sistematicidade.

Já na Idade Média começa-se a se assentar a recepção do direito romano, que causará enorme influência na formação do direito alemão como um todo. Com a formação dos grandes Estados territoriais e a ascensão do Estado de Direito, já na primeira metade do Século XIX, o direito administrativo ganha maior autonomia científica, servindo para a formação dos técnicos que exerciam as atividades públicas. Na segunda metade do mencionado Século, a unificação da Alemanha impulsiona uma visão unitária do direito administrativo, também influenciado pelo fenômeno da vigência das Constituições.

Com a passagem da monarquia absoluta ao regime parlamentar, ao final da 1ª Guerra Mundial, e com a edição da Constituição de Weimar de 1919, o direito administrativo foi influenciado por uma série de valores, mas permanece centrado na figura do ato administrativo e da sua unilateralidade. Modernamente, com o surgimento do controle jurisdicional das leis e com a edição da lei do processo administrativo dos anos setenta do Século XX, faz-se uma revolução radical em tal ramo do direito, inserindo-se as figuras do

⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 8-10.

consenso, da segurança jurídica, do controle da legalidade pela via dos valores constitucionais etc.

No entanto, percebe-se que existe certo ‘núcleo duro’ de valores e institutos que permanecem latentes e centrais na formação teórico-dogmática do direito administrativo alemão. E isso se dá por muitos fatores. Citamos alguns deles. Praticamente não houve dissenso entre estes valores, porque eram comungados pela cultura jurídica desde a década de vinte do Século XX, e amplamente debatidos pela jurisprudência de valores. De outro lado, a noção de sistema circulava nesta época com a finalidade de dar coerência e orientar o todo⁸³. Contemporaneamente, a própria formação do jurista alemão é feita unificadamente – ainda que cada Estado da Federação possa aplicar seu tipo de prova. Contudo, a partir do momento em que o “segundo exame estatal” (*Zweiten Juristischen Staatsprüfung* ou *Zweites Staatsexamen*) é feito uniformemente para todo o estudante que cumpriu o estágio preliminar (*Referendariat*), o estudo passa a ter de ser unitário. Mas não só: a nota deste exame habilita o estudante a qualquer cargo, sendo o mais prestigiado o de professor universitário. Logo, será a dogmática produzida pelos docentes que influenciará as decisões judiciais, e não necessariamente o contrário. A influência dos professores de direito é notável na Alemanha⁸⁴.

Mas quais seriam os desafios contemporâneos? O Estado de Direito convive intensa e paralelamente com os direitos fundamentais. Veja que a tarefa da jurisdição e do direito administrativo era conciliar um estado liberal com as leis que previam uma série de direitos sociais. Essa tensão nunca foi fácil de ser composta. A resposta do direito alemão foi, em suma, conferir concretude ao Estado social a partir dos valores da Lei Fundamental, e pelas prestações fixadas na lei⁸⁵.

A democracia passa a ser um paradigma central na compreensão do direito como um todo. Especificamente em relação ao direito administrativo, isto é materializado na *Lei do Processo Administrativo Federal* alemã de 1976. Mas não só: em uma série de decisões, o TCF amplia este valor, assim como o fez com outros direitos fundamentais. Logo se notou

⁸³ STOLLEIS, Michael. *Op. Cit.*, p. 184-185.

⁸⁴ A exposição pormenorizada do tema pode ser consultada em: FACCHINI NETO, Eugênio e HAEBERLIN, Martín P. *Op. Cit.*, p. 267.

⁸⁵ Os espaços de atuação estatal, seja interventivo, seja prestacional conformava-se com estruturas de cooperação com os agentes privados.

que a “teoria do Estado” deu lugar à “teoria da Constituição”. Então, os tribunais passaram a auditar a atuação do Estado na promoção destes direitos, e naturalmente o sistema jurídico-administrativo também passou a ser amplamente sindicado. Essa verificação não se dava mais só quando uma ação era excessiva, mas igualmente se a ação era diminuta, ao contrário de maximizar um direito fundamental. Igualmente aqui a proporcionalidade ganha um espaço central. Mas não só: as situações em que se percebem proteções deficientes trazem ao bojo da discussão o postulado da igualdade. Entendeu-se, pois, que seria este paradigma que fortaleceria a proteção jurídica unitária dos cidadãos, até para conformar também a multinormatividade que se fez presente. Logo, (a) se a proteção está aquém, deve-se fazer um “apelo ao legislador” – o tribunal constata a insuficiência e “apela” ao legislador para que a conserte. Surge a figura do “estado de constitucionalidade imperfeita”. É ainda constitucional, mas muito ruim. A ação de controle de constitucionalidade é rechaçada, mas notifica o tribunal para fazer uma lei, como se advertisse que a situação jurídica se tornará caótica; (b) O Tribunal também pode fazer uma prognose legislativa, ou seja, fazer um exame se uma lei protege o cidadão um *standard* mínimo. E a corte decide que o legislador não tem como prever o futuro, fazendo uma “aposta”. A medida que o “teste da vida” vai se desenvolvendo, o tribunal determina que o parlamento teria um “dever de aprimoramento”. Reconhece-se um “espaço de prognose”, mas que a realidade infirma uma atuação aquém do desejado.

Além disso, o direito administrativo alemão convive com o debate acerca dos “novos bens” e “novas relações” que se formam. O tal direito é chamado a regular estas transformações. Veja o efeito revolucionário causado pelas novas tecnologias, fato que demarca novas relações entre Estado e sociedade. Logo, o direito administrativo deverá se preocupar com os novos bens de proteção e novos deveres de proteção.

Nesse próximo milênio o direito administrativo deverá se preocupar com sua função implementadora e funcional, muito mais do que sua vocação de servir ao império dos desígnios do Estado. Logo, os mecanismos de consenso ascenderão cada vez mais, já que o império do direito administrativo pode ser substituído, por exemplo, por formas de autorregulação.

Por fim, a “parte geral” consagrada como o guia dogmático do direito administrativo no final do Século XIX e marcante no Século XX será substituída pela Constituição – no caso da Alemanha, pela Lei Fundamental. Será este marco normativo que terá a função orientadora e integradora de todo o sistema jurídico. Então, a “parte geral” perde a proeminência, dando lugar ao texto constitucional. Então, o direito administrativo não pode ser concebido como sendo apenas um apanágio de regras para regular as obrigações do Estado, mas, ainda mais, como um vetor de desenvolvimento das dimensões do humano.

REFERÊNCIAS

- ANSCHÜTZ, Gerard ***Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11 August 1919***: Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1965.
- ARANO, Vincenzo e BARSOTTI, Vittoria. ***La tradizione giuridica occidentale***. Texto e materiali per un confronto civil law common law. Torino: Giappichelli, v. 1, 2002.
- BASCHOFF, Otto; STORBER, Rolf; WOLFF, Hans. ***Verwaltungsrecht***. München: Beck v. 1, 2 e 3, 1999, 2000 e 2004.
- BERCOVICI, Gilberto. O Estado Integral e a simetrização das classes sociais em Pontes de Miranda: o debate dos anos 1930. ***Revista Direito e Práxis***, v. 6, n. 2, p. 272-293, jun. 2015.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. ***Tratado de direito administrativo***. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 1, 1955.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. ***Curso de direito tributário brasileiro: comentários à Constituição e ao Código Tributário Nacional, artigo por artigo***. Rio de Janeiro. Forense, 1999.
- COELHO, Fábio Ulhoa. ***Para entender Kelsen***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- CORREIA, Jorge Alves e ISENBERG, Andreas. ***Lei alemã do procedimento administrativo***. Guia de leitura e anotações. Coimbra: Almedina, 2013.
- COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. ***Revista da Procuradoria-Geral do Estado*** – cadernos de direito público. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, n. 57, 2003, p. 99-100.
- _____. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. ***Revista de Direito Administrativo***. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. v. 179, jan.-jun., 1980, p. 51-92.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. ***Direito administrativo***. São Paulo: Atlas, 2011.
- FACCHINI NETO, Eugênio e HAEBERLIN, Martín P. O “estilo” jurídico alemão – breves considerações sobre alguns dos seus fatores determinantes. ***Revista da AJURIS***. Porto Alegre: AJURIS, v. 41, n. 133, mar. 2014.
- FLEINER, Fritz. ***Les principes généraux du droit administratif allemand***. Paris: Delagrave, 1933.
- FORSTHOFF, Ernst. ***Der totale Staat***. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1933.
- _____. ***Traité de droit administratif allemand***. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1969.
- FROMONT, Michel. ***Grands systèmes de droit étrangers***. Paris: Dalloz, 1998.



- GROTIUS, Hugo. **Mare Liberum**. Leida: Brill Nijhoff, 2009.
- HAURIUO, André. Poder discricionário e sua justificação. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 19, jan.-mar 1950, p. 28.
- HEINEN, Juliano. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: Juspodivm, 2022.
- _____. Para uma nova concepção do princípio da legalidade em face da discricionariedade técnica. **Revista Forense**: Rio de Janeiro, v. 412, nov-dez. 2010.
- HELLER, Herman. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968.
- JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. México: FCE, 2000.
- JELLINEK, Walter. **La Constitución de Weimar: La Constitución alemana de 11 de agosto de 1919**. Madrid: Tecnos, 2019.
- _____. **Verwaltungsrecht**. Berlim: Springer, 1931.
- LABAND, Paul. **Le Droit Public de l'Empire Allemand**. Les Finances de l'Empire Allemand. Paris: Hachette Livre Bnf, 2016.
- MAURER, Hartmut. **Contributos para o Direito do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. **Direito administrativo geral**. Belo Horizonte: Manole, 2006.
- _____. **Elementos de direito administrativo alemão**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001.
- MAYER, Otto. **Le droit administratif allemand**. Paris: V. Giard & E. Brière, Tomos I, II e III, 1903.
- MERKL, Adolf. **Allgemeines Verwaltungsrecht**. Wien-Berlin: Springer, 1927.
- PEREIRA, André Gonçalves. **Erro e ilegalidade no acto administrativo**. Lisboa: Ática, 1962.
- RADBRUCH, Gustav. Arbitrariedad legal y derecho suprallegal. In: RADBRUCH, Gustav. **Relativismo y derecho**. Bogotá: Editorial Têmis, 2009, p. 25 e ss.
- _____. Cinco minutos de filosofia del derecho. In: RADBRUCH, Gustav. **Relativismo y derecho**. Bogotá: Editorial Têmis, 2009.
- _____. **Filosofia do direito**. São Paulo: Wmfmartins, 2010.
- RANIERI, Filippo. A evolução do recurso ao Tribunal da Câmara Imperial durante os séculos XV a XVII. A “jurisdicionalização” dos conflitos na sociedade moderna. In: HESPANHA, Antonio (Org.). **Justiça e litigiosidade: história e prospectiva**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 521-558.
- RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **Teoria do Estado: do Estado do Direito ao Estado Democrático do Direito**. Barueri: Manole, 2013.
- RAVA, Tito. **Introduzione al diritto della civiltà europea**. Padova: Cedam, 1982.
- RICKEN, Guilherme. A influência de fritz fleiner no direito administrativo brasileiro. **Revista eletrônica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPeL)**. Pelotas: UFPeL, v. 5, n. 1, jan.-jul. 2019, p. 86-105.
- SAINZ MORENO, Fernando. **Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa**. Madrid: Civitas, 1976.
- SMEND, Rudolf. **Verfassung und Verfassungsrecht**. München: Duncker & Humblot, 1928.
- STEIN, Lorenz Von. **Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts Mit Vergleichung der Literatur und Gesetzgebung Von Frankreich, England und Deutschland**. Stuttgart, Berlog, 1870.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo:Malheiros. 2004.

STERN, Klaus. **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutsch**. München: Beck, 2006.

STOLLEIS, Michael. **Direito público na Alemanha**. Uma introdução à sua História do Século XVI ao Século XXI. São Paulo: Saraiva, 2018.

WOLFF, Hans. **Verwaltungsrecht**. München: Beck, 1968.

