

Mitteilungen der Deutsch - Brasilianischen Juristenvereinigung

WWW.DBJV.DE

**Heft 1 / 2008 (26. Jahrgang)
Oktober 2008**

Inhalt

Vorankündigung Jahrestagung in Köln 2008.....	1
O sistema legislativo referente ao projeto de uma Constituição para a Europa (Prof. Dr. Sighart Lörler).....	3
A organização judiciária alemã (Björn Bertram und Nikolaus B. Wappmannsberger).....	12
Neues Schrifttum zum brasilianischen Recht (Andreas Grünewald).....	26

Impressum

Herausgeber:

Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung e.V.

Vereinsregister Frankfurt am Main Nr. 8076,
Bankkonto: Deutsche Bank Essen, Nr. 1312487, BLZ 36070050

Vorstand:

Rechtsanwalt Dr. Jan Curschmann, Vorsitzender, c/o Taylor Wessing,
Hanseatic Trade Centre, Am Sandtorkai 41, 20457 Hamburg;
Prof. Dr. Wolf Paul, Feldbergstraße 96 d, 61398 Schmittgen;
Rechtsanwalt Andreas Sanden, c/o Zilveti e Sanden Advogados Associados,
Av. Paulista, 1.499 – 20º andar, 01311-928 São Paulo – SP / Brasilien;
Rechtsanwältin Irene Haagen, Hinterm Gericht 23, 93183 Kallmünz

Sekretariat:

Rechtsanwältin Irene Haagen, Hinterm Gericht 23, 93183 Kallmünz
Tel.: +49 (0)9473 908400; Fax: +49 (0)9473 908401; e-Mail: info@dbjv.de

Redaktion der Mitteilungen:

Dr. Bernhard Lippsmeier, LL.M.,
c/o ProCredit Holding AG, Kirschwaldstraße 19, 60435 Frankfurt am Main
e-mail: redaktion@dbjv.de

Die DBJV im Internet: **www.dbjv.de**

Die Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung ist gemeinnütziger Verein im Sinne der §§ 52 ff. AO mit dem Ziel, die bilaterale Kooperation auf juristischer und wissenschaftlicher Ebene zu fördern.

Nachdruck nur mit schriftlicher Genehmigung der Autoren und des Herausgebers.

**Vorankündigung der
XXV. Jahrestagung der
Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung
vom 13. bis 16. November in Köln
„Brennpunkte des Strafrechts in Brasilien und Deutschland“**

Liebe Mitglieder und Freunde,

die diesjährige Tagung der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung wird vom 13. bis 16. November 2008 in Köln stattfinden.

Tagen werden wir in den Räumen des Max-Planck-Instituts für Gesellschaftsforschung, Paulstr. 3 in 50676 Köln. Unter dem Titel

„Brennpunkte des Strafrechts in Brasilien und Deutschland“

wollen wir uns mit der Entwicklung des Strafrechts durch die sich ändernden Anforderungen und die Auswirkungen auf Strafverfolgung und Strafverteidigung befassen:

Strafverfolgung und Strafverteidigung finden in Deutschland und Brasilien unter gesellschaftlichen und kriminalpolitischen Bedingungen statt, die unterschiedlicher nicht sein können. Brasilien ist bekanntlich mit einer extremen Gefährdungslage der öffentlichen Sicherheit konfrontiert, die in Deutschland bei weitem nicht gegeben ist. Im Fokus steht die Wirklichkeit von Gewalt im brasilianischen Alltag mit exzessiver Tö-

tungskriminalität, hoher Wirtschaftsdelinquenz, Impunität und Justizversagen. Das brasilianische Strafrecht tritt als rigoroses Sicherheitsstrafrecht in Erscheinung und verfolgt in allen Anwendungsbereichen repressive Ziele. Demgegenüber dominiert im liberalen deutschen System nach wie vor die präventive Orientierung, wenngleich die neue Sicherheitspolitik allem Anschein nach eine gegenläufige Entwicklung eingeleitet hat. Die Zeichen stehen auf Veränderung. Schon sind die Konturen eines umfassenden Gefahrenabwehrstrafrechts sichtbar geworden. Mit dem ganzheitlichen Verbrechensbekämpfungsstrafrecht ist der terroristischen Gewalt, mit abstrakten Gefährdungsdelikten den kriminellen Handlungsformen der Wirtschafts- und Risikogesellschaft der Kampf angesagt. Unverkennbar ist, dass sich die Praxis der Strafverfolgung und der Strafverteidigung auf diese veränderte kriminalpolitische Situation eingestellt und neuartige Strategien entwickelt hat. Unverkennbar aber ist auch, dass die aktuellen Entwicklungen des Strafrechts sowohl in Deutschland als auch in Brasilien mit einschneiden-

den Verlusten an rechtsstaatlichen Garantien einhergehen.

Referenten aus Brasilien:

- Procurador Dr. Eugênio José Guilherme de Aragão, Procuradoria-Geral da República, Brasília (Thema: Öffentliche Sicherheit und Strafverfolgung in Brasilien);
- Juíza Titular Zilah Maria Callado Fadul Petersen, Justiça Militar da União, Brasília (Thema: Strafjustiz durch Militärgerichte in Brasilien);
- Advogado Dr. Carlos Dias, São Paulo, Justizminister a.D. der República Federativa do Brasil (Thema: Herausforderungen der Strafverteidigung in Brasilien).
- Ministro Felix Fischer, Superior Tribunal de Justiça, Brasília (Thema: Öffentliche Sicherheit als Herausforderungen der brasilianischen Strafjustiz)

Referenten aus Deutschland:

- Bundesverfassungsrichter a.D. Prof. Dr. Winfried Hassemer, Frankfurt (Thema: Sicherheit durch Strafrecht);
- Prof. Dr. Erhard Denninger, Frankfurt (Thema: Freiheit durch Sicherheit? Die verfassungsrechtliche Problematik

der Computerüberwachung/ BKA-Gesetzentwurf);

- RA Dr. Jürgen Taschke, Frankfurt (Thema: Strafverteidigung von Unternehmen)
- NN, Bundesanwaltschaft (Thema: Schwerpunkte der Strafverfolgung)

Daneben wird unser Rahmenprogramm uns nicht nur in historische Räume, sondern auch in eine Hochburg des Karnevals führen.

Dieses Jahr findet im Anschluss an die Tagung die Mitgliederversammlung mit Wahlen statt.

Wir hoffen auf eine rege Teilnahme und freuen uns auf ein Wiedersehen im November 2008 in Köln.

Für den Vorstand
Irene Haagen

O sistema legislativo referente ao projeto de uma Constituição para a Europa

Prof. Dr.jur.habil. Sighart Lörler *

Introdução

Para assegurar a paz depois da segunda guerra mundial, há uma colaboração efetiva entre os Estados europeus. Em 1951, foi fundada pela Bélgica, Alemanha, França, Itália, pelos Países Baixos e Luxemburgo, a “Comunidade Europeia do Carvão e do Aço”. Os mesmos seis Estados criaram depois outras comunidades em reunião realizada em 1957, como por exemplo, a Comunidade Econômica Europeia (CEE). Foram instituídos como órgãos da CEE : a Comissão Europeia, o Conselho de Ministros e o Parlamento Europeu. Nesse meio tempo, a colaboração europeia cersceu muito, pois o número de Estados-membros subiu de 6, em 1973, para 27 Estados, número atual. Entretanto, essa colaboração tem lugar em quase todos os domínios da vida. Por isso em 1992, a Comunidade Econômica Europeia se transformou em União Europeia e ao mesmo tempo foi fundada a “Convenção Europeia

sobre o Futuro da Europa” que elaborou um projeto de uma constituição para a Europa. O respectivo tratado foi assinado em Roma por todos os Estados-membros no dia 29 de Outubro de 2004.

Para que a constituição europeia entre em vigor, todos os Estados-membros tem que ratificá-la. Até agora houve ratificação do tratado por 15 Estados. A população da França e dos Países Baixos rejeitou o projeto da constituição, por isso o processo de ratificação pode prolongar-se por tempo indeterminado. Mas sem dúvidas, o desenvolvimento da União Europeia continuará.

Conforme o preâmbulo do projeto da constituição para a Europa, o “respeito pelo direito” deve ser fundamentado na vida da sociedade para construir uma Europa unida. A Europa deve ser “unida na diversidade”, e esta Europa lhes oferece as melhores possibilidades de, respeitando os direitos da cada um e estando cientes das suas responsabilidades para com as gerações futuras e para com a Terra, prosseguir na grande aventura que faz dela um espaço privilegiado de esperança humana. O papel do direito, como está acentuado no preâmbulo do projeto da consti-tuição, exige

* Autor e professor aposentado da universidade para direito de Estado e economia, Freiburg em Braisgau, Alemanha. Die Redaktion bedankt sich ganz herzlich für die Unterstützung der sprachlichen Endredaktion dieses Beitrags bei Frau Fernanda Tinelli Forthaus, LL.M./ brasilianische Rechtsanwältin.

uma legislação uniforme e diversificada que pode dirigir o crescimento junto dos diferentes povos europeus. Por isso, o projeto da constituição concede um espaço nos regulamentos para realizar atos jurídicos.

1. A distribuição das funções legislativas aos órgãos da União Europeia

A função legislativa será exercida juntamente pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho de Ministros. O Parlamento Europeu representa os cidadãos da União. O Conselho de Ministros representa os Estados-Membros da União (Artigo 19 e seguintes da Constituição).

1.1 O Parlamento Europeu como órgão legislativo

O Parlamento Europeu é eleito por sufrágio universal direto pelos cidadãos europeus, em escrutínio livre e secreto, por um mandato de cinco anos. O número de deputados não será superior a 736. A representação dos cidadãos europeus é assegurada de modo degressivamente proporcional, sendo fixando um limiar mínimo de quatro deputados por Estado-Membro.

1.2 O Conselho de Ministros como órgão legislativo

O Conselho de Ministros é composto por um representante nomeado por cada Estado-Membro, a nível ministerial, para cada uma das suas formações. Só esse representante

tem poderes para vincular o respetivo Estado-Membro e exercer o direito de voto.

Pelo que podemos analisar, o Conselho de Ministros é um órgão, que funciona com várias formações dependente da missão concreta que será tratada.

Tem as seguintes formações principais:

1.2.1 O Conselho Legislativo e dos Assuntos Gerais.

O Conselho Legislativo e dos Assuntos Gerais assegura a coerência dos trabalhos do Conselho de Ministros. Na sua qualidade de Conselho Legislativo, delibera, e pronuncia-se juntamente com o Parlamento Europeu, sobre as leis europeias e as leis-quadro europeias, em conformidade com o disposto na Constituição. Nesta função, a representação de cada Estado-Membro é constituída por um ou dois outros representantes a nível ministerial cujas competências correspondam à ordem de trabalhos do Conselho de Ministros.

A Presidência do Conselho Legislativo e dos Assuntos Gerais é assegurada pelos representantes dos Estados-Membros, por períodos mínimos de um ano, com base num sistema de rotação igualitária. O Conselho Europeu adotará uma decisão que estabeleça as regras de rotatividade, tendo em conta equilíbrios políticos e geográficos europeus e a diversidade dos Estados-Membros.

1.2.2 O Conselho dos Negócios Estrangeiros

O Conselho dos Negócios Estrangeiros elabora as políticas externas da União, de acordo com as linhas estratégicas definidas pelo Conselho Europeu, e assegura a coerência de suas ações. É presidido pelo Ministro dos Negócios Estrangeiros da União.

1.2.3 Outras formações do Conselho de Ministros

O Conselho Europeu adotará uma decisão europeia que estabeleça as outras formações em que o Conselho de Ministros poderá se reunir.

1.3 O Conselho Europeu como órgão supradirigente

O Conselho Europeu é composto: pelos Chefes de Estado ou de Governo dos Estados-Membros,

- pelo Presidente do Conselho Europeu, que será eleito pelo Conselho Europeu por maioria qualificada e por um mandato de dois anos, renovável uma vez.
- pelo Presidente da Comissão Europeia.

O Conselho Europeu não exerce qualquer função legislativa. Ele concede à União o impulso necessário ao seu desenvolvimento e define as suas orientações e prioridades políticas gerais.

1.4 A Comissão Europeia como órgão executivo

A Comissão Europeia pode-se caracterizar como governo da União. A Comissão é constituída por um colégio composto:

- pelo seu Presidente,
- pelo Ministro dos Negócios Estrangeiros da União, que ao mesmo tempo tem a função de Vice-Presidente,
- por treze Comissários Europeus, escolhidos com base num sistema de rotação igualitária entre os Estados-Membros, que está estabelecido por uma decisão do Conselho Europeu.

A Comissão participa ao processo legislativo as suas propostas. Conforme o artigo 25, número 2, os atos legislativos da União só podem ser adotados sob proposta da Comissão, salvo disposição em contrário prevista na Constituição.

Também a Comissão adota juntamente com o Conselho de Ministros regulamentos europeus nos casos referidos na Constituição.

Emfim, a Comissão recebera o poder de adotar regulamentos delegados por força de uma disposição legislativa de uma lei ou lei-quadro.

2. As competências da União Europeia

A sistema de competências da União é complicado e regulado nos artigos 9 – 17 da Constituição. Diferença-se entre competência exclusiva e partilhada.

2.1 A competência exclusiva

Nos domínios da competência exclusiva só a União pode legislar e adotar atos juridicamente vinculativos. Neste caso os Estados-Membros só podem celebrar atos jurídicos, quando eles são autorizados pela União.

A União dispõe de competência exclusiva para estabelecer as regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno. Também dispõe de competência exclusiva para celebrar acordos internacionais quando tal celebração esteja prevista em um ato legislativo da União, seja necessária para lhe dar a possibilidade de exercer a sua competência interna ou afete um ato interno da União.

2.2 A competência partilhada

Quando a Constituição atribuir à União competência partilhada com os Estados-Membros, os dois tem o poder de legislar e de adotar atos juridicamente vinculados. Os Estados-Membros exercem a sua competência na medida em que a União não a tenha exercido ou tenha decidido deixar de a exercer.

2.3 Os princípios da delimitação e do exercício das competências

A delimitação das competências rege-se pelo princípio da atribuição. Em virtude do princípio da atribuição, a União atua nos limites das competências que os Estados-Membros lhe tenham atribuído na Constituição a fim de alargar os

objetivos por esta fixados. As competências não atribuídas à União na Constituição pertencem aos Estados-Membros.

O exercício das competências da União rege-se pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam de sua competência exclusiva, a União intervém apenas quando, e na medida em que, os objetivos da ação projetada não possam ser atingidos de forma suficiente pelos Estados-Membros, tanto a nível central como a nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da ação projetada, ser alcançados mais adequadamente ao nível da União.

Em virtude do princípio da proporcionalidade, o conteúdo e forma das ações da União não devem exceder o necessário para atingir os objetivos da Constituição.

Os pormenores são regulados no “Protocolo relativo à Aplicação dos Princípios da Subsidiariedade e Proporcionalidade”, anexo da Constituição.

3. Os atos jurídicos da União Europeia

3.1 O sistema dos atos jurídicos

Conforme o artigo 32 da Constituição, os atos jurídicos da União são os seguintes:

- a lei europeia;
- a lei-quadro europeia;
- o regulamento europeu e o regulamento delegado;
- a decisão europeia;
- as recomendações;
- os pareceres.

A lei europeia é um ato legislativo de caráter geral. É obrigatória em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros.

A lei-quadro europeia é um ato legislativo que vincula todos os Estados-Membros destinatários quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à escolha da forma e dos meios.

O regulamento europeu é um ato legislativo de caráter geral destinado a dar execução aos atos legislativos e a certas disposições específicas da Constituição. Tanto pode ser obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros, como vincular os Estados-Membros destinatários quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à escolha da forma e dos meios.

O regulamento delegado é um ato não legislativo que completa ou altera certos elementos não essenciais da lei ou da lei-quadro. O poder de adotar regulamentos delegados pela

Comissão precisa da delegação de tal poder em uma lei ou lei-quadro. A lei ou lei-quadro europeia delimita explicitamente os objetivos, o conteúdo, o âmbito de aplicação e o período de vigência da delegação. Os elementos essenciais de cada domínio não podem ser objeto de delegação, ficando estes reservados para a lei ou para lei-quadro.

A decisão europeia é um ato não legislativo obrigatório em todos os seus elementos. Quando designa destinatários, só para estes é obrigatória.

As recomendações e os pareceres aprovados pelas instituições não tem efeito vinculativo.

3.2 A precedência do direito da União

A Constituição e o direito adotado pelas instituições da União no exercício das competências que lhe são atribuídas primam sobre o direito dos Estados-Membros.

Os Estados-Membros adotam as medidas de direito interno necessárias à execução dos atos juridicamente vinculados da União. A lei europeia definirá previamente as regras e princípios gerais relativos aos mecanismos de controle que os Estados-Membros podem aplicar aos atos de execução da União.

Quando sejam necessárias condições uniformes de execução dos atos vinculativos da União, estes podem conferir competências de execução à Comissão ou, em casos específicos devidamente justificados,

ao Conselho de Ministros. Um dos casos específicos está regulado no artigo 39 da Constituição que trata da política externa e da segurança comum.

Os atos de execução da União assumem a forma de regulamentos europeus de execução ou de decisões europeias de execução.

4. As deliberações nos órgãos legislativos da União Europeia

4.1 A representação dos Estados-Membros no Parlamento Europeu e a ponderação dos votos dos Estados-membros no Conselho Europeu e no Conselho de Ministros

A União Europeia ainda não é um Estado federal mas já é mais do que uma confederação. Ela é uma comunidade especial de Estados, mas ainda tem um caminho muito longo a percorrer até se tornar um Estado federal ou uma organização supranacional. Os Estados-Membros entregam com base nos tratados multilaterais um parte da sua soberania à União Europeia, com o intuito de que a União Europeia receba direitos soberanos próprios. Assim sendo, os Estados-Membros são subordinados às decisões dos órgãos da União. Por isso, a representação dos cidadãos de cada Estado-Membro no Parlamento Europeu e a ponderação de cada Estado-Membro nos processos de decisão nos órgãos da União desenvolve um grande papel.

Este assunto está regulamentado no “Protocolo relativo à representação dos cidadãos no Parlamento Europeu e à ponderação dos votos no Conselho Europeu e no Conselho de Ministros” como parte do projeto do tratado que estabelece uma constituição para a Europa.

No artigo 1 deste protocolo está regulamentado o número de representantes eleitos em cada país para o Parlamento Europeu, e no artigo 2 encontram-se regulamentadas as disposições relativas à ponderação dos votos de cada um dos Estados-Membros no Conselho Europeu e no Conselho de Ministros.

Estas regras tendem a assegurar uma balanço entre o volume de população e o ponderação de cada um dos países-membros nestes órgãos.

Segundo este protocolo, a ponderação dos países pequenos no Conselho Europeu e no Conselho dos Ministros é maior do que no Parlamento Europeu. Por isso, é necessário criar mais regras para evitar uma disparidade entre os interesses de cada um dos países e da maioria da população.

4.2 As regras das deliberações

A primeira regra neste sentido menciona que: Quando, nos termos da Constituição, for obrigatório deliberar sob proposta da Comissão, as deliberações consideram-se aprovadas se obtiverem, no mínimo, 232 votos que expressem a votação favorável da maioria dos membros. Nos restantes casos, as deliberações são tomadas se obtiverem, no mínimo, 232 votos que expressem a votação favorável de, no mínimo, dois terços dos membros.

Esta regra está impedindo que os Estados-membros de grande população possam derrotar os países pequenos. Por outro lado, não se pode admitir que os países pequenos possam derrotar a maioria da população nos Estados-membros maiores. Com o fim de evitar esta possibilidade, decide o artigo 2, parágrafo 1 o seguinte: Quando o Conselho Europeu ou o Conselho de Ministros tomarem uma decisão por maioria qualificada, qualquer dos seus membros pode pedir que se verifique se os Estados-Membros que constituem essa maioria qualificada representam, no mínimo, 62% da população total da União. Se essa condição não for preenchida, a decisão em causa não será adotada.

4.3 O noção de maioria qualificada

A maioria qualificada nas deliberações do Conselho Europeu e no Conselho de Ministros traz um conceito especial que não corresponde aos conceitos habituais, como por

exemplo, a noção da maioria absoluta, que significa maioria de dois terços. A maioria qualificada no sentido da Constituição Europeia está definida no artigo 24 da Constituição. Pois segundo este artigo, a maioria qualificada não exerce uma noção única, mas sim duas noções dependentes da base de deliberação. Diferencia entre deliberações com base em uma proposta da Comissão Europeia ou do Ministro dos Negócios Estrangeiros da União e aquelas que são elaboradas por outros instituições.

Quando o Conselho Europeu ou o Conselho de Ministros deliberarem por maioria qualificada, esta será definida como uma maioria simples de Estados-Membros que represente, no mínimo, três quintos da população da União.

Quando a Constituição não exigir que o Conselho Europeu ou o Conselho de Ministros deliberem com base numa proposta da Comissão, ou quando o Conselho Europeu ou o Conselho de Ministros não deliberem por iniciativa do Ministro dos Negócios Estrangeiros da União, a maioria qualificada exigida consistirá numa maioria de dois terços dos Estados-Membros que represente, no mínimo, três quintos da população da União.

4.4 O processo legislativo ordinário

O artigo 302 regulamenta as disposições que são aplicáveis para adotar leis ou leis-quadro europeias por força da Constituição e de acordo com o processo legislativo ordinário.

4.4.1 A iniciativa legislativa Sobretudo inicia-se o processo legislativo ordinário com base em uma proposta da Comissão Europeia.

O direito de apresentar propostas para deliberar sobre leis ou leis-quadro está concedido nos casos especificamente previstos na Constituição ou também por grupos de Estados-Membros, por recomendação do Banco Central Europeu ou a pedido do Tribunal de Justiça ou do Banco Europeu de Investimento.

4.4.2 A primeira leitura

Com base em uma proposta por força da Constituição, o Parlamento Europeu adota a sua posição em primeira leitura e transmite-a ao Conselho de Ministros. Se o Conselho de Ministros aprovar a posição do Parlamento Europeu, o ato proposto é adotado.

Caso o Conselho de Ministros não aprove a posição do Parlamento Europeu, ele adota a sua posição em primeira leitura e transmite-a ao Parlamento Europeu. Ao mesmo tempo o Conselho de Ministros tem que informar plenamente o Parlamento Europeu das razões que o conduziram a adotar a posição contrária. Também a Comissão tem que

informar plenamente o Parlamento Europeu da sua posição.

4.4.3 A segunda leitura

Se, no prazo de três meses após essa transmissão, o Parlamento Europeu aprovar a posição do Conselho de Ministros em primeira leitura ou não se tiver pronunciado, considera-se que o ato proposto foi adotado.

No prazo de três meses o Parlamento Europeu pode rejeitar a posição do conselho de Ministros com a maioria absoluta dos membros que o compõem. Neste caso, considera-se que o ato não foi adotado.

Como terceira possibilidade, ainda neste prazo de três meses, o Parlamento Europeu pode propôr, por maioria absoluta dos membros que o compõem, emendas à posição do Conselho de Ministros. O texto alterado é enviado ao Conselho de Ministros e à Comissão. A Comissão emitirá parecer sobre estas emendas.

No prazo de três meses após o recebimento das emendas do Parlamento Europeu, o Conselho de Ministros pode deliberar sobre aprovar por maioria qualificada todas essas emendas. A deliberação do Conselho de Ministros sobre as emendas em relação às quais a Comissão tenha dado parecer negativo, exigirá unanimidade. Se estas condições forem cumpridas, considera-se que o ato foi adotado.

Se o Conselho de Ministros não aprovar todas as emendas, o Presidente do Conselho de Ministros, de

acordo com o Presidente do Parlamento Europeu, convocará o Comitê de Conciliação no prazo de seis semanas.

4.4.3 A Conciliação

O Comitê de Conciliação compõe-se de membros do Conselho de Ministros ou seus representantes, e de igual número de membros representando o Parlamento Europeu. Este Comitê tem por missão, no prazo de seis semanas após ter sido convocado, chegar a acordo sobre um projeto comum com base nas posições do Parlamento e do Conselho de Ministros em segunda leitura. O Comitê delibera por maioria qualificada dos membros do Conselho de Ministros ou dos seus representantes e por maioria simples pelos representantes do Parlamento.

A Comissão participa nos trabalhos do Comitê de Conciliação e toma todas as iniciativas necessárias para promover uma aproximação das posições do Parlamento Europeu.

Se, no prazo de seis semanas após ter sido convocado, o Comitê de Conciliação não aprovar um projeto comum, considera-se que o ato proposto não foi adotado.

4.4.4 A terceira leitura

Se, no prazo de seis semanas, o Comitê de Conciliação aprovar um projeto comum, o Parlamento Europeu e o Conselho de Ministros disporão cada um de um prazo de seis semanas, a contar dessa data, para adotar o ato em causa de acordo com o projeto comum. O Parlamento Europeu deliberará por maioria

dos votos expressos e o Conselho de Ministros por maioria qualificada. Caso contrário, considera-se que o ato proposto não foi adotado.
\\

A organização judiciária alemã

Björn C. Bertram
Nikolaus B. Wappmannsberger *

Introdução

A finalidade deste ensaio é apresentar ao leitor alguns traços do sistema jurisdicional alemão, fazendo especial menção e comparação com a organização judiciária brasileira. O foco principal será a análise da jurisdição contenciosa administrativa alemã, que é uma divisão dos tribunais especializada em dirimir controvérsias envolvendo a Administração Pública em todos os seus planos, e como tal completamente desconhecida no Brasil.

O ordenamento jurídico alemão pertence ao sistema codificado, conhecido como *civil law*, e se baseia de um lado nos fundamentos do Direito romano e de outro lado no direito consuetudinário germânico, sendo que o Direito germânico, a partir do início da era moderna, passou a ser suprimido pelos pensamentos do direito romano, em especial a partir do advento do primeiro código civil (*Bürgerliches Gesetzbuch*).

Uma outra peculiaridade do sistema legal alemão é perceptível na definição do federalismo naquele país. A Alemanha é uma república federativa, tal como o Brasil, formada por 16 estados-membros, chamados

Bundesländer ou simplesmente *Länder*, que formam o assim chamado *Bundesstaat* (Estado federativo). Daí se originam complicadas competências legislativas entre a federação e os estados-membros, bem como leis estaduais próprias, muitas vezes com diferenças gritantes até mesmo de estado para estado¹. Essas subdivisões do sistema legal alemão, muitas vezes de difícil compreensão para o operador do Direito, não deverão, entretanto, ser abordadas pormenorizadamente, pois que as normas processuais e a estrutura da jurisdição alemã são regulamentadas de maneira uniforme por leis federais².

I. A estrutura da jurisdição na Alemanha.

O ponto de partida para formar a organização judiciária na Alemanha é a Lei da Constituição Judiciária, ou *Gerichtsverfassungsgesetz* (GVG), de 01.10.1879³. Em conformidade com tal lei, a jurisdição alemã é estruturada, na maior parte, em três instâncias. Em concomitância com a primeira instância existe também o assim chamado procedimento de segunda instância (*Verfa-*

* O primeiro autor é estudante de direito na Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Alemanha. O segundo autor é advogado e bacharel em direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO

¹ R. Schmidt, Staatsorganisationsrecht, pág. 26.

² A uniformização do sistema judicial alemão se deu de forma completa desde 30.06.2006 com a extinção do Supremo Tribunal Regional da Baviera.

³ Kissel/Mayer, GVG, 5. Aufl. Einleitung Rn. 50.

hren im zweiten Rechtszug), caracterizado pela instância de apelação. Essas duas instâncias são de competência dos respectivos estados-membros alemães (*Bundesländer*), contudo, a lei processual é federal e aplicada de maneira uniforme⁴ (como ocorre no Brasil com o CPC). Contra os julgados dos tribunais de apelação ainda é possível recorrer para uma terceira instância, que é a de revisão, equivalente ao recurso especial no Brasil. A competência dessa terceira instância pertence, na Alemanha, aos tribunais federais (comparáveis aos tribunais superiores brasileiros, não se deve confundilos com a jurisdição federal no Brasil). Estes decidem, em derradeira instância, se pelos tribunais inferiores foi aplicada corretamente a lei aos fatos. Note-se que a terceira instância não é revisora de matéria fático-probatória, como ocorre no Brasil nos recursos direcionados ao STJ e STF. O termo “terceira instância” causa confusão entre os juristas brasileiros, pois muitas vezes se interpreta que ela também revisa matéria de fato, que não é o caso. Desta forma, também na Alemanha se aplica uma espécie de *case law*, no sentido de que os Tribunais Federais, através de seus julgados, clarificam e encerram o debate sobre uma questão legal pendente. Os julgados das instâncias revisoras, nos casos específicos em que foram prolatados, vinculam a decisão dos tribunais inferiores. Entretanto, também de modo geral, as opiniões dos tribunais superiores são, via de regra, seguidas pelos tribunais inferiores, da mesma forma como no Brasil ocorre

com a jurisprudência do STJ e do STF.

Enquanto a jurisdição ordinária alemã possui, como uma espécie de “quarta camada” os tribunais distritais (veremos esse assunto mais à frente), a jurisdição especializada, em contrapartida, é estruturada mormente em três instâncias, sendo que as primeiras duas instâncias são mantidas pelo respectivo estado-membro, sendo que na terceira instância figura um Tribunal Federal. Deve-se levar em conta, portanto, que na Alemanha, os Tribunais Federais possuem uma função completamente diferente dos seus homônimos no Brasil, encontrando-se apenas no mais alto plano da jurisdição.

Uma outra peculiaridade presente na jurisdição alemã é o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*). Este tribunal, também situado em Karlsruhe, entretanto, não é uma instância de “super-revisão”, como repetidas vezes foi salientado em sua jurisprudência⁵. O Tribunal Constitucional Federal é, ao contrário dos demais Tribunais Federais, um órgão constitucional, equiparado ao Parlamento, ao Presidente da República e aos Ministros de Estado, e goza, desta forma, de uma posição exaltada dentro do ordenamento jurídico alemão⁶. Compete a esse tribunal verificar a conformidade com a Constituição dos julgados dos demais tribunais. Se um julgado for anulado por tal tribunal, a anulação vinculará apenas o órgão envolvido

⁴ *Kissel/Mayer*, GVG, 5. Aufl., § 12 Rn. 5.

⁵ *Kenntner*, in NJW 2005, 785 (786); BVerfG in NJW 2001, 594 (594).

⁶ *Stern*, Staatsrecht II, § 44 II 2.

conforme § 31 I BVerfGG, entretanto, os julgados do Tribunal Constitucional são utilizados como diretriz jurisprudencial. As decisões do Tribunal Constitucional, outros sim, conforme § 31 I BVerfGG possuem força de lei e produzem efeitos *erga omnes* nos casos em que o Tribunal declara a inconstitucionalidade de uma lei.⁷

Qualquer cidadão tem o direito de se dirigir ao Tribunal Constitucional, através de um meio de impugnação chamado agravo constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), caso não tenha sido vitorioso no litígio nas três instâncias ordinárias, buscando anular a decisão de última instância, sob a justificativa de que tal julgado tenha-lhe ferido os direitos fundamentais. Este meio, entretanto, raramente leva ao sucesso. Nos 57 anos de existência do Tribunal Constitucional, dos 151.424 agravos constitucionais julgados até hoje, apenas 3,5% foram providos. Contudo, dentro desses 3,5%, todos os julgados causaram grande influência na respectiva área do direito sobre a qual versavam, ou até sobre a legislação em si. Nos últimos anos, em razão da expedição de leis cada vez piores no sentido estrutural e de redação e da incompetência dos órgãos políticos de encontrar soluções equitativas e em conformidade com a Constituição, o Tribunal Constitucional terminou por ser forçado a assumir um papel de “legislador substituto”. As leis oriundas de Berlim, desta forma, passam, na prática, por ainda mais uma instância revisora, encarregada de “polir as suas arestas”, de modo que ela devidamente

se encaixe no ordenamento jurídico vigente e fique em harmonia com a Constituição. Tal desenvolvimento é extremamente problemático, pois através disso o instituto a divisão dos poderes sofre sérios abalos e o Poder Judiciário termina fazendo parte do processo legislativo. O Tribunal Constitucional, portanto, procura restringir sua atuação nesse sentido ao máximo para agir apenas em casos emergencialmente necessários, apesar de que muitas vezes se vê forçado a corrigir inconstitucionalidades escandalosas em projetos de lei. O Poder Legislativo, entretanto, não enxerga tal fenômeno como um estímulo para trabalhar com maior precisão; pelo contrário, ele confia muito mais nas “palavras de Karlsruhe”.

Não obstante, o Tribunal Constitucional, ao longo dos últimos anos, pôde repetidas vezes estabelecer-se como verdadeiro guardião da Constituição, ao declarar inconstitucionais vários projetos de lei versando sobre vigilância automática de senhas⁸, computadores⁹ e telecomunicações¹⁰. O Tribunal Constitucional, desta forma, mais uma vez reforçou os direitos do cidadão em sua esfera privada.

Concomitantemente, o Tribunal de Justiça da União Européia nos últimos anos veio ganhando importância para a jurisprudência alemã. A função do TJUE é a de pugnar por uma interpretação uniforme do Direito europeu¹¹. Para tal, qualquer tribunal pode – no caso de tribunais

⁷ R. Schmidt, Staatsorganisationsrecht, pág. 268.

⁸ BVerfG Urt. v. 11.3.2008 - 1 BvR 2074/05 und 1 BvR 1254/07.

⁹ BVerfG Urt. v. 27.2.2008 - 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07.

¹⁰ BVerfG Urt. v. 2.6.2006 - 2 BvR 2099/04.

¹¹ Streinz, Europarecht, Rn. 380.

de última instância julgadora como o BGH isso é obrigatório – conforme art. 234 do Tratado da Comunidade Européia, apresentar uma consulta legal ao TJUE, se persistir a opinião de que a solução do litígio depende de uma análise conforme os ditames do Direito europeu¹². Nesses casos, o exame do processo em curso no país de origem é suspenso até que o TJUE tenha decidido sobre o tratamento do ponto controvertido de maneira conforme com o Direito europeu. A problemática aqui, além das barreiras lingüísticas dos 27 países que compõem a União Européia, é, acima de tudo, a colisão frontal de diferentes ordenamentos jurídicos, como por exemplo do alemão e do britânico, pelo fato de este último ser fundamentado no *common law system*. O TJUE decide segundo o Direito europeu, que é o resultado de um processo político, no qual os mais distintos costumes jurídicos foram mesclados entre si.

Também gera preocupações o fato de que, através do poder decisório cada vez mais amplo do TJUE em razão do contínuo processo de “harmonização” da União Européia, tenha-se que abdicar de cada vez mais direitos soberanos do Estado alemão. As decisões necessárias para tal, oriundas do Parlamento alemão (*Bundestag*), poderiam entrar em conflito com a Constituição alemã, caso verssem sobre a abdicção demasiada de direitos inerentes à soberania. O Tribunal Constitucional, até o momento, aprovou todas as medidas tomadas pelo Parlamento alemão nesse sentido, entretanto nunca sem alertar, num tom

de voz muito severo, sobre as conseqüências desta problemática¹³. Em duas decisões do Tribunal Constitucional, que fazem parte das chamadas “decisões *enquanto*” (*Solange -Entscheidung*), o Tribunal Constitucional retirou sua competência de julgar aspectos relativos a direitos fundamentais na Alemanha com referência ao direito europeu na medida em que se declarou incompetente até que dentro da UE seja garantida a proteção aos direitos fundamentais de maneira uniforme através do TJUE. Resta saber até que ponto isso será possível no futuro¹⁴.

II. As diferentes ramificações da jurisdição alemã em razão da matéria.

A competência dos diferentes tribunais é determinada de forma substancial em razão da matéria. Conforme o artigo 95, I GG, a jurisdição alemã encontra distinções entre a jurisdição ordinária e a jurisdição especializada.

1. A jurisdição ordinária

O termo “jurisdição ordinária” advém do séc. XVII, época em que apenas os litígios entre cidadãos e matéria criminal eram julgados por juízes independentes, enquanto todas as questões inerentes à Administração eram processadas por funcionários públicos da realeza¹⁵. Essa denominação se manteve até os dias atuais e identifica a jurisdição contenciosa cível em sentido amplo e a jurisdição criminal. Pode ser

¹² Blekmann, *Europarecht*, Rn. 921.

¹³ Holtmann, *Europarecht*, S. 5.

¹⁴ *Schwarze* in NJW 2005, 4359 (3461).

¹⁵ *Kissel/Mayer*, GVG, 5. Aufl., § 12 Rn. 1.

comparada, nesse sentido, com parte da matéria que recai sobre a jurisdição dos Tribunais de Justiça dos Estados, no Brasil. Essas competências são fixadas pelo *Gerichtsverfassungsgesetz* (GVG), ou Lei de Constituição dos Tribunais, uma espécie de Código de Organização Judiciária, no entanto válido em toda a federação de maneira uniforme, por ser uma lei federal. Dentre as regulamentações do GVG, destaca-se a distribuição de competências dos diferentes tribunais, o escalonamento em três instâncias e a composição de cada uma das câmaras destes tribunais.

Por motivos históricos, existem quatro instâncias na jurisdição ordinária, pelo fato de aqui existir também o assim chamado *Amtsgericht*, ou tribunal distrital. Não se trata aqui, entretanto, de uma quarta instância subordinada às três primeiras, mas sim de um fenômeno *sui generis*, atribuído ao federalismo alemão. As três primeiras instâncias – Tribunais Distritais, Tribunais Regionais e Tribunais Regionais Superiores – pertencem ao seu respectivo estado-membro. Tal regulamentação advém dos tempos anteriores à unificação e formação do Império alemão em 1871, quando os Estados alemães ainda eram independentes e tinham uma jurisdição própria e soberana, e os Tribunais Regionais Superiores constituíam as cortes supremas de cada um desses Estados. Apesar de hoje em dia existir, acima dos Tribunais Regionais Superiores, os Tribunais Federais, os Tribunais Distritais nunca foram extintos. Se um processo, portanto, tiver como primeira instância o Tribunal Distrital, a última instância será o Tribunal

Regional Superior. O Tribunal Federal competente, que é o *Bundesgerichtshof* (ou BGH, a Corte de Justiça Federal) em Karlsruhe, não se envolve neste caso. Por outro lado, se a primeira instância for o Tribunal Regional, o pleito poderá ser julgado em terceira instância pelo BGH¹⁶. Apenas em assuntos de direito de família, no meio tempo, prevaleceu um escalonamento em três instâncias, com o tribunal distrital como primeira instância¹⁷.

1.1 A jurisdição cível em sentido amplo

Conforme § 13 GVG, são atribuídas à jurisdição cível em sentido amplo todos os litígios entre cidadãos para os quais não se justifique determinar uma competência específica de um órgão da administração ou de um ramo específico da jurisdição¹⁸. Desta forma, apesar de tecnicamente se tratar de uma competência “residual”, a jurisdição cível em sentido amplo engloba todas as questões do direito civil, como direito de família, direito comercial, direito contratual, direito de locações etc., excluindo-se, entretanto, o direito trabalhista, pois que esta área do Direito, por motivos históricos, dispõe de uma jurisdição própria¹⁹. Para as diferentes áreas do Direito que estão subordinadas à jurisdição cível em sentido amplo são criadas câmaras especializadas dentro dos tribunais, que se ocupam de uma ou mais dessas áreas²⁰. A divisão de tarefas dentro dessas câmaras se dá dentro do próprio

¹⁶ *Niederle*, ZPO, S. 9.

¹⁷ *Kissel/Mayer*, GVG, 5. Aufl., Einleitung Rn. 127.

¹⁸ *Kissel/Mayer*, GVG, 5. Aufl., § 13 Rn. 8.

¹⁹ *Kissel/Mayer*, GVG, 5. Aufl., § 13 Rn. 5.

²⁰ *Zeuner* in JZ 1997, 480 (481); *Ehrike* in NJW 1996, 812 (814).

tribunal no início de cada ano. Nessa ocasião se define quais casos serão examinados por cada uma das câmaras do tribunal²¹.

1.2 A jurisdição criminal

Em que pese o fato de que neste caso se confrontam o Estado e o cidadão, a jurisdição criminal por motivos históricos faz parte da jurisdição ordinária²². Também aqui existem câmaras especializadas, que tratam exclusivamente de determinados delitos, como por exemplo crimes fiscais, entorpecentes, infrações cometidas por menores ou crimes sexuais.

As jurisdições criminal e cível, desta forma, são reunidas dentro de um tribunal apenas, que é chefiado por um presidente. Contudo, tais seções são claramente diferenciadas uma da outra na estruturação interna dos tribunais. Nota-se, portanto, grande afinidade com a estruturação dos Tribunais de Justiça no Brasil.

2. A jurisdição especializada

Presente numa sociedade cada vez mais complexa, cujo cotidiano é caracterizado por fatos e relações jurídicas cada vez mais complexas, o legislador alemão, ao longo do tempo, se viu obrigado a criar jurisdições especializadas ao lado da jurisdição ordinária, para tratar sobre assuntos específicos e que exijam conhecimento mais aprofundado sobre determinadas áreas. A grande vantagem para o indivíduo que busca o amparo legal é a de que ele se encontra perante magistrados que se especializaram em determinada matéria legal, podendo desta forma garantir melhor a segurança jurídica²³. Há, nesse sentido, quem considere a jurisdição especializada como uma espécie de tribunais de exceção, que são constitucionalmente proibidos na Alemanha, pelo fato de se destacarem da jurisdição ordinária. Entretanto, o artigo 95, I. GG claramente explicita que as cortes especializadas fazem parte da organização judiciária alemã, não sendo, portanto, tribunais de exceção²⁴. Eles meramente se distanciam da jurisdição ordinária em razão da matéria devido a sua especialização.

Na Alemanha existem atualmente quatro jurisdições especializadas: Os Tribunais Administrativos, os Tribunais de Finanças, os Tribunais do Trabalho e os Tribunais Sociais.

²¹ Kissel/Mayer, GVG, 5. Aufl., § 21 e Rn. 97.

²² Kissel/Mayer, GVG, 5. Aufl., Einleitung Rn. 151.

²³ Entre os advogados, analogamente, existe na Alemanha há algumas décadas a figura do *Fachanwalt*, ou advogado especializado, que também centralizou e aprofundou seu conhecimento numa área específica do direito (por exemplo direito tributário, propriedade intelectual, direito de família etc.), e através de uma prova específica e um determinado período de tempo lidando com litígios nesta área é capaz de comprovar sua *expertise* nessa área do direito.

²⁴ Kissel/Mayer, GVG, 5. Aufl., § 13 Rn. 1.

Esses tribunais especializados usufruem normas processuais próprias tais como o Código de Processo Administrativo (Verwaltungsgerichtsordnung, VwGO), a Lei dos Tribunais do Trabalho (Arbeitsgerichtsgesetz, ArbGG), ou a Lei dos Tribunais Sociais (Sozialgerichtsgesetz, SGG), que são especificamente adequadas aos procedimentos necessários em cada um desses litígios, e desta forma contribuem com a melhor garantia da segurança jurídica para os jurisdicionados²⁵. Em especial na jurisdição contenciosa administrativa, o VwGO introduziu alguns novos procedimentos que representam uma visível simplificação da proteção jurídica perante a Administração. Nota-se que a jurisdição especializada é mais recente que a jurisdição ordinária, pois que esta já existiu na Alemanha de forma idêntica ou ao menos parecida há séculos. Os tribunais especializados foram introduzidos apenas a partir dos últimos 150 anos. A seguir, veremos cada um dos tribunais especializados em detalhe.

2.1 Os Tribunais Administrativos

Tentar explicar a verdadeira essência dos Tribunais Administrativos para a comunidade jurídica brasileira terminou revelando-se um grande desafio para os autores, justamente pelo fato de que não existe, no Brasil, uma jurisdição própria para impugnar atos ou omissões da Administração Pública. Em vez disso, assumem essas competências a justiça comum ou a justiça federal, sendo o único divisor de águas o órgão demandado. Falaremos em detalhe sobre os procedimentos nesta jurisdi-

ção mais à frente, dando espaço neste momento apenas para uma nota introdutória e uma abordagem histórica.

Em 1863 verifica-se a instauração dos primeiros Tribunais Administrativos no estado de Baden, e em 1875 na Prússia²⁶. Esses tribunais pela primeira vez passaram a supervisionar, de forma independente, o comportamento da Administração estatal, sendo que anteriormente, essa tarefa era cumprida por funcionários públicos da própria Administração, o que evidentemente dificultava aos cidadãos fazerem valer os seus direitos perante o Estado.

No litígio administrativo, encontram-se em confronto o Estado e o cidadão, sendo que tais casos tratam mormente de situações nas quais o cidadão busca contestar, na via judicial, os atos da Administração ou então exigir uma determinada prestação por parte do Estado em caso de omissão deste. Existem hoje em todos os estados-membros alemães Tribunais Administrativos. Acima deles estão os Superiores Tribunais Administrativos e como última instância o Tribunal Administrativo Federal em Leipzig.

2.2 Os Tribunais de Finanças

Os Tribunais de Finanças foram criados na Alemanha em 1918. Na época foi instituído, no Império Alemão, pela primeira vez o imposto sobre renda de pessoa jurídica. No intuito de subjugar os procedimentos de recolhimento de impostos das diferentes nações alemãs, que na época ainda eram soberanas, sob

²⁵ Schenke in FS 50 Jahre BGH, Band III, S. 45.

²⁶ Frotscher et al., Verfassungsgeschichte, 5 ed., Rn 422

uma jurisprudência uniformizada, foi criada a Corte Imperial de Finanças em Munique. Desde 1950 o órgão competente é a Corte Federal de Finanças, na mesma cidade, que é também a instância suprema desta jurisdição.

Os Tribunais de Finanças processam e julgam litígios de ordem pública que versem sobre tributação, ou seja, litígios entre os cidadãos e o Estado relativos a impostos ou taxas alfandegárias²⁷. Eles se diferenciam dos demais ramos da jurisdição especializada pelo fato de serem organizados em duas instâncias apenas, compostas dos Tribunais de Finanças (de primeira instância) e como última instância a acima mencionada Corte Federal de Finanças em Munique. Isso se dá pelo fato de que no extremamente complexo direito tributário alemão o ponto crucial é a interpretação do direito e não determinação da situação fática, pelo que uma revisão imediata é suficiente.

2.3 Os Tribunais do Trabalho

A jurisdição trabalhista na Alemanha encontra suas origens na idade média, quando existiam os assim chamados “tribunais das corporações de ofício”, que desde a época regulavam e mediavam os conflitos entre empregadores e empregados. Em 1926 foram instituídos os primeiros modernos Tribunais do Trabalho, contudo estes inicialmente fizeram parte da jurisdição ordinária, destacando-se desta e estabelecendo-se como uma jurisdição independente e especializada em 1953²⁸.

Estes tribunais julgam os litígios entre empregadores e empregados, bem como entre entidades representativas dessas classes. Cumpre salientar que, ao longo dos últimos cinquenta anos, os direitos de empregados foram sucessivamente estendidos, não importando qual partido político estava no governo. Desta forma, empregadores estrangeiros costumam ficar abismados com as rígidas políticas e normas que dificultam a rescisão do contrato de trabalho e demissão do empregado na Alemanha. De igual forma, desconhece-se no exterior o direito do trabalhador de representar seus interesses intrometendo-se até mesmo nos negócios da empresa através do chamado *Betriebsrat*, que pode ser traduzido como “comitê corporativo”. Esse instituto, amparado pela Lei da Constituição Corporativa, exerce grande influência sobre o destino da empresa e tem a capacidade de sensivelmente atacar o empregador, caso este não acate as demandas do comitê corporativo. Tal lei, que à primeira vista parece colocar o empregador numa situação extremamente desvantajosa, tem também suas vantagens. Por exemplo, é possível firmar acordos com o comitê corporativo relativos à alteração de jornada de trabalho ou assuntos afins, com efeitos válidos para todos os trabalhadores, sem necessidade sua prévia anuência e da alteração de cada um dos contratos de trabalho²⁹. Contudo, há de se pontuar que o Direito trabalhista alemão é extremamente tendencioso para o lado dos empregados. Ele segue, desta forma, o princípio alemão da “economia social de mercado” (*soziale Marktwirts-*

²⁷ http://bundesrecht.juris.de/fgo/_33.html

²⁸ Kissel/Mayer, GVG, 5. Aufl., § 13 Rn. 5.

²⁹ Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht I, Rn. 59.

chaft). Infelizmente, para os incautos esse ramo do Direito é extremamente confuso, eis que o Direito trabalhista alemão não se encontra numa codificação unificada como o Código Civil, mas sim espalhado por cerca de 600 diferentes leis soltas³⁰. Ou seja, seria como imaginar o direito trabalhista brasileiro, que é igualmente recheado de peculiaridades e disparidades comparado com os demais ramos do Direito, sem um compêndio de leis como a CLT. Finalmente, Com relação à prestação jurisdicional trabalhista, temos na Alemanha a composição dos Tribunais do Trabalho em três instâncias como na jurisdição administrativa, sendo a instância suprema o Tribunal Federal do Trabalho em Erfurt.

2.4 Os Tribunais Sociais

A jurisdição social é a mais recente das jurisdições especializadas na Alemanha. Foi instituída em 1954 e decide em litígios de ordem pública relativos aos direitos sociais, sendo que aqui persistem exceções à regra na fixação de competências, como na maioria dos outros ramos do direito³¹. Na maioria dos casos tramitam perante esses tribunais litígios envolvendo benefícios como o abono de aposentadoria (previdência social) ou pagamentos por parte dos fundos de saúde pública para tratamentos médicos. Tal como ocorre nas demais serventias, os Tribunais Sociais também registram um crescente número de processos em trâmite. Isso se dá, ao lado do aumento de beneficiados pela seguridade social, também em razão de reformas feitas nessa área do direito.

Essas são o resultado de uma longa cadeia de conciliações e compensações, cujo plano de fundo é uma legislação difícil de ser entendida e tecnicamente fraca, que enseja dificuldades em sua interpretação e conseqüentemente a propositura de ainda mais ações. Também esta jurisdição é organizada em três instâncias. A sede da última instância, o Tribunal Social Federal, fica em Kassel.

Ultimamente há projetos de remanejar os Tribunais Sociais e de Finanças para dentro da jurisdição administrativa, e de alocar os Tribunais Trabalhistas como parte da jurisdição ordinária³². Entretanto, não há previsões de que isso ocorra tão cedo, sendo certo que o verdadeiro labirinto de competências que vimos acima, extremamente complexo (em especial para os advogados iniciantes), deverá permanecer em vigor ainda por um bom tempo.

³⁰ Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht I, Rn. 40.

³¹ Waltermann, Sozialrecht, Rn. 20.

³² von Renesse in NZS 2004, 452 (455); Weth in NZA 2006, 182 (186).

III. O rito processual e os diferentes procedimentos perante os Tribunais Administrativos

Um processo judicial entre Estado e cidadão na Alemanha que verse sobre um tema de direito administrativo se diferencia de grande forma dos processos equivalentes no Brasil. Isso se dá mormente pelo fato de a Administração alemã possuir uma norma procedimental específica, que é a Lei do Procedimento Administrativo, ou *Verwaltungsverfahrensgesetz* (VwVfG). Essa lei regula as competências da Administração Pública, bem como diferentes procedimentos, tais como o ato administrativo ou o contrato administrativo¹.

Em especial, é regulamentado nesta lei também um termo de difícil entendimento, até mesmo para os juristas alemães, denominado *Ermessen*. Na língua portuguesa, os autores encontraram um possível equivalente na figura do poder discricionário, ou no princípio da discricionariedade da Administração Pública. Não obstante, esse instituto é de suma importância e um preceito basilar do Direito administrativo. Na doutrina alemã, o *Ermessen* é explicado como toda situação em que a Administração, mesmo na presença de todos os pré-requisitos necessários para decidir de uma determinada forma, ainda possui liberdade de decidir da forma que lhe convier². A doutrina entende isso como a figura diametralmente oposta à decisão vinculada. No texto legal, essa situação é traduzida com palavras como “poder”, i.e., a Administração tem a faculdade de de-

cidir se e como irá agir (“poderá”). Num exemplo, a polícia *pode*, numa madrugada, determinar o reboque de um carro estacionado irregularmente, mas não necessariamente *deve*. De igual forma, policiais também *podem* decidir se irá, e contra quem exatamente, agir (por exemplo, numa rixa em um estádio de futebol, poderá decidir quais torcedores repreender).

Não obstante, o poder discricionário da Administração na Alemanha, como à primeira vista possa parecer, não implica no livre-arbítrio absoluto do ente administrativo; pelo contrário, ele é sempre limitado por lei e vinculado a esta, ou seja, deve sempre haver uma prerrogativa legal para condicionar e justificar a atuação da Administração. Se a autoridade administrativa extrapolar os limites legais de sua discricionariedade, pode-se impugnar o ato administrativa ou judicialmente.

Existem, entretanto, dentro do campo do processo judicial administrativo, alguns princípios e acima de tudo alguns recursos que diferem daqueles conhecidos no processo civil comum. Em parte, esses recursos são encontrados também em processos perante os Tribunais Sociais e de Finanças, pois esses procedimentos são igualmente regulamentados pelo Código de Processo Administrativo (VwGO). Lembremos ao leitor para que este não corra risco de confundir-se: O Código de Processo Administrativo (VwGO) regula os procedimentos judiciais envolvendo a Administração Pública. Já a Lei de Procedimentos Administrativos (VwVfG) traz regras gerais para os procedimentos administrativos, ou seja, fora do

¹ R. Schmidt, Allg. Verwaltungsrecht, Rn. 488.

² R. Schmidt, Allg. Verwaltungsrecht, Rn. 277.

âmbito judicial. O Código de Processo Administrativo enumera alguns procedimentos judiciais com forte arrimo no Código de Processo Civil alemão (*Zivilprozessordnung*, ZPO), por outro lado ele também apresenta algumas nuances que servem para adequar a lei às necessidades da Administração. Vejamos a seguir, portanto, quais são esses procedimentos que servem para impugnar atos administrativos ou exigir uma atuação da Administração.

1. Impugnação

Contra um ato administrativo deve-se primeiramente interpor um recurso conhecido como Impugnação (*Widerspruch*), conforme § 69 I, II VwGO. Esse recurso, no entanto, não é judicial mas administrativo, e é interposto perante o órgão que expediu o ato a ser impugnado. Nota-se que na Alemanha, tal como no Brasil, existe a obrigação de exaurir a via administrativa antes de poder ingressar na via judicial. Nesse sentido, não importa se o órgão público positivamente causou algum gravame ao cidadão (por exemplo ao determinar a demolição de um prédio), ou se então, por sua omissão, deixou de expedir um ato favorável ao administrado (por exemplo uma permissão, tal como a expedição de um alvará).

Ao se interpor a Impugnação, o próprio órgão, ou a entidade de controle a ele superior como uma Corregedoria, deverá decidir sobre o recurso e rever a matéria fática³.

2. Ação judicial

Caso não se obtenha o resultado desejado mesmo após interposição da

Impugnação, é possível ajuizar uma ação com o objetivo de contestar o ato prejudicial perante o Tribunal Administrativo. O tipo certo de ação a ser ajuizada, conforme § 88 VwGO, sempre dependerá da causa de pedir do autor da ação⁴, podendo-se escolher dos seguintes:

2.1 Ação revogatória

O tipo mais comum de ações ajuizadas nos Tribunais Administrativos alemães é sem dúvidas a ação revogatória (*Anfechtungsklage*). Através deste tipo de ação, regulamentada no § 42 I Alt. 1 VwGO, o autor pretende obter a revogação do ato lesivo⁵. A peculiaridade deste tipo de ação é que o seu trânsito em julgado, por si só, já surte o efeito jurídico almejado pelo autor⁶, uma vez que a sentença determina a anulação do ato ao invés de compelir o órgão administrativo a anulá-lo. Significa dizer que, no momento em que a sentença transita em julgado, automaticamente o ato administrativo é revogado, sem necessidade de atuação adicional por parte da Administração. Entretanto, para ajuizar este tipo de ação, deve-se ter satisfeito o pré-requisito de interpor uma Impugnação contra o ato administrativo. Somente após este ter sido indeferido, pode-se propor a ação perante o Tribunal Administrativo. No curso do processo é examinada a conformidade do ato com a correspondente norma legal que fundamentou a sua expedição. Nesse sentido também deve-se sempre verificar também a constitucionalidade do ato administrativo.

³ R. Schmidt, *Verwaltungsprozeßrecht*, Rn. 195.

⁴ R. Schmidt, *Verwaltungsprozeßrecht*, Rn. 102.

⁵ R. Schmidt, *Verwaltungsprozeßrecht*, Rn. 113.

⁶ BVerwG NJW in 2003, 601 (601)

2.2 Ação de Obrigação

A ação de obrigação comporta a situação oposta à da ação revogatória, qual seja o caso em que o autor, em decorrência de omissão da Administração Pública, não tenha conseguido a expedição de um ato administrativo a ele favorável (por exemplo a concessão de um alvará ou permissão), e desta feita pretende compelir pela via judicial o órgão administrativo a expedir esse ato⁷. Aqui também é necessário que o administrado tenha anteriormente impugnado o ato administrativo conforme § 68 ss. VwGO para que possa ter a legitimação de ajuizar a ação de obrigação.

Em razão da prevalência do princípio da divisão dos poderes na Alemanha, o judiciário, por si só, não pode expedir um ato administrativo. Conseqüentemente, o trânsito em julgado da sentença judicial não modifica a situação jurídica *motu proprio*. Para satisfazer a execução do julgado é necessária a atuação do ente administrativo. Em termos práticos, a certeza do cumprimento da decisão judicial dependerá do tipo do ato administrativo almejado pelo autor da ação. Nos casos envolvendo uma decisão vinculada (como por exemplo a expedição da permissão de dirigir após satisfazer todos os requisitos e exames), o juízo compelirá a Administração a expedir o ato administrativo. As complicações surgem quando o julgado esbarra no poder discricionário da Administração (*Ermessen*), descrito acima. Nesse caso, quando ainda resta poder decisório à Administração, o judiciário não pode simplesmente obrigá-la a expedir o

ato. Nesses casos o judiciário deve se limitar a obrigar o ente administrativo a publicar uma nova decisão livre de erros interpretativos e abuso de discricionariedade. O teor desta nova decisão, no entanto, fica a critério do órgão administrativo.

2.3 Ação geral de atuação

Um outro tipo de ação, que não está explicitamente positivado no VwGO, mas ainda assim é admitida, é a ação geral de atuação (*allgemeine Leistungsklage*). Faz-se uso dela quando se pretende obter uma atuação específica por parte da Administração, mas que não implica na expedição de um ato administrativo⁸, por exemplo o pagamento de uma quantia pecuniária devida.

2.4 Ação declaratória

Ao passo em que no processo civil alemão a ação declaratória é uma espécie de procedimento largamente utilizado, no âmbito da jurisdição administrativa ela assume uma posição secundária, pois que o administrado neste caso tem a sua disposição outros tipos de ação que melhor se adequariam a sua pretensão⁹. A aplicabilidade da ação declaratória, portanto, se dá quando não se reúnem os requisitos formais e materiais para ajuizar uma das demais ações acima descritas, por exemplo, para reconhecer a existência (ou não) de uma relação jurídica. Aparte disso, também deve haver interesse pessoal na propositura da ação, que pode ser de natureza jurídica ou comercial.

2.5 Ação declaratória em continuação

⁷ R. Schmidt, Verwaltungsprozeßrecht, Rn. 316.

⁸ R. Schmidt, Verwaltungsprozeßrecht, Rn. 364.

⁹ R. Schmidt, Verwaltungsprozeßrecht, Rn. 448.

Uma outra espécie de ação muito interessante é a assim chamada ação declaratória em continuação, que em alemão é denominada com o gigantesco termo *Fortsetzungsfeststellungsklage*, ou numa abreviação de leitura mais agradável, *FFK*. Ações deste tipo são aforadas, na maioria dos casos, para reconhecer a antijuridicidade e conseqüente nulidade de um ato administrativo num momento já posterior a sua execução ou consumação¹⁰. Para bem ilustrar a diferença, os autores relembram que para impugnar judicialmente um ato administrativo, em princípio é necessário ajuizar uma ação revogatória. O requisito para essa ação, entretanto, é o ato não se tenha consumado ainda. Caso contrário, quando a expedição e execução do ato são simultâneas, por exemplo quando um policial determina a proibição de um transeunte se manter em determinado local e imediatamente após já o expulsa de lá, a ação de revogação já não pode mais ser movida. Entretanto, para objetivar a declaração de que o ato já executado foi ilegal e portanto nulo, é que se move uma ação declaratória em continuação.

A natureza jurídica exata deste tipo de ação e os seus requisitos de admissibilidade são objeto de feroz discussão no Direito alemão, e a jurisprudência ainda não é uníssona em relação a este tema. Contudo, em termos práticos, um dos interesses na declaração posterior através da ação declaratória em continuação se nota por exemplo nos casos em que o órgão administrativo deixa a entender que irá expedir um ato administrativo seme-

lhante àquele lesivo ao autor da ação.

2.6 Conclusões sobre os procedimentos judiciais em face da Administração

O advento do VwGO, apesar de ainda ter deixado em aberto algumas questões legais e disputas levou a um melhor amparo jurídico do cidadão. Os diferentes tipos de ação são adequados às diferentes necessidades causadas por diversas situações jurídicas. Isso certamente contribui com a eficiência processual, entretanto não necessariamente com a presteza jurisdicional para clarificar questões legais em razão do crescente número de ações propostas. A única desvantagem que essa multiplicidade de ações traz é o fato de que alguns juristas as terminam confundindo umas com as outras, ajuizando um tipo específico de ação quando na verdade a pretensão autoral exigiria outro tipo de procedimento. Contudo, nesses casos de aforamento de pleitos errôneos a jurisdição administrativa alemã é bastante prestativa, pois reconhece o princípio da fungibilidade. O Tribunal Administrativo em tais casos não necessariamente se atém à forma descrita na petição inicial, mas sim modifica o pedido de ofício para que este se torne formalmente admissível, desde que as partes estejam de acordo¹¹.

IV. Considerações finais

Os autores certamente estão certos de que não é possível, neste trabalho, explicar a complicada e multi-

¹⁰ R. Schmidt, Verwaltungsprozeßrecht, Rn. 385.

¹¹ OVG Hamburg in NVwZ-RR 1998, 341 (341).

lateral organização judiciária alemã com todos os seus detalhes. Para tal, seria necessário discorrer sobre o assunto de maneira muito mais extensiva. Não obstante, esta curta esquematização serve para demonstrar que o ordenamento jurídico alemão, em razão das suas inúmeras normas processuais, mas também (e acima de tudo) em razão da ética da magistratura alemã, pode constituir um modelo adequado para a solução de contro-vérsias jurídicas.

Em especial quisemos demonstrar as peculiaridades da jurisdição especializada, que serve para distribuir as controvérsias em razão de sua matéria para magistrados com experiência e conhecimento detalhado, ao invés de concentrar tudo em um único tribunal, como ocorre com a jurisdição federal no Brasil, que é publicamente conhecida pela sua morosidade. Nesse passo, falta, no Brasil, uma jurisdição independente com competência para processar e julgar pleitos em face da Administração, não importando se municipal, estadual ou federal, tal como ocorre na Alemanha. Desta forma, os autores esperam ter podido apresentar de forma aceitável uma parte da jurisdição alemã para a comunidade jurídica no Brasil, com suas semelhanças e diferenças, fazendo votos para que o tema seja aprofundado também por outros juristas brasileiros e que alguns dos modelos utilizados na Alemanha possam ser aproveitados no Brasil para contribuir com a melhoria da prestação jurisdicional no país.\

Neues Schrifttum zum brasilianischen Recht

Andreas Grünewald*

Aragão, Eugênio José Guilherme de

Strategien zur Durchsetzung der völkerrechtlichen Verpflichtung zur Strafverfolgung der Folter am Beispiel Brasiliens.

Eine Untersuchung zum Verhältnis zwischen Völkerstrafrecht und Staatenverantwortlichkeit.

Berliner Wiss.-Verl., Berlin 2007

459 Seiten, 45,- €

ISBN 978-3-83051368-1

Bergmann Ávila, Humberto

Juristische Theorie der Argumentation – Entworfen am Beispiel des brasilianischen Steuerrechts.

In: Heldrich u.A. (Hrsg.)

Festschrift für Claus Wilhelm Canaris.

Band II

C.H. Beck, München 2007

3012 Seiten, 398,- €

ISBN 978-3-406-56170-2

Seiten 963 – 990

Bucher, Stephanie

Der Schutz von genetischen Ressourcen und indigenem Wissen in Lateinamerika.

Eine Untersuchung am Beispiel der Andengemeinschaft, Brasiliens und Costa Ricass.

Nomos, Baden-Baden 2008

375 Seiten, 69,- €

ISBN: 978-3-8329-3165-0

Böckel, Margret

Einstweiliger Rechtsschutz im MERCOSUR.

Nomos, Baden-Baden 2006

353 Seiten, 68,- €

ISBN 978-3-8329-2393-8

Carvalho, Rita de Cássia

Die Perspektiven des MERCOSUR in den internationalen Beziehungen mit der Freihandelszone Amerikas ALCA, FTAA und der Europäischen Gemeinschaft.

Univ.-Diss. Mainz 2008

[http://ubm.opus.hbz-](http://ubm.opus.hbz-nrw.de/volltexte/2008/1574/pdf/diss.pdf)

[nrw.de/volltexte/2008/1574/pdf/diss.pdf](http://ubm.opus.hbz-nrw.de/volltexte/2008/1574/pdf/diss.pdf)

233 Seiten

Costa Barbosa, Ana Paula

Die Menschenwürde im deutschen Grundgesetz und in der brasilianischen Verfassung von 1988.

LIT-Verlag, Münster 2008

224 Seiten, 24,90 €

ISBN 978-3-8258-1044-3

Ferreira da Silva, Jorge Cesa

Der Diskriminierungsschutz im brasilianischen Vertragsrecht.

In: Neuner, Jörg (Hrsg.)

Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht.

Mohr Siebeck, Tübingen 2007

332 Seiten, 69,- €

ISBN 978-3-16-149360-7

Seiten 289 – 310

* Andreas Grünewald arbeitet als Rechtsanwalt in Hamburg.

Gozzo, Debora

Das brasilianische Familienrecht im Wandel.

In: Inderdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht (Österreich), 2007
Seiten 51 – 53

Hilty, Reto M.; Henning Bodewig, Frauke

Leistungsschutzrechte zugunsten von Sportveranstaltern?

Rechtsgutachten
Booberg, Stuttgart 2007
94 Seiten, 28,- €
ISBN 978-3415039049

Olivares Tramón, Miguel José
Das Vorabentscheidungsverfahren des EuGH als Vorbild des MERCOSUR

Die Förderung einer effektiveren Gerichtsbarkeit im MERCOSUR
Nomos, Baden-Baden 2006
247 Seiten, 48,- €
ISBN 978-3-8329-2151-4

Peterke, Sven

Brasiliens Herausforderung durch den Terror der Organisierten Kriminalität.

Nach der Anschlagsserie in Rio: Kampf dem (Narco-)Terrorismus?
In: Verfassung und Recht in Übersee, 2007
Seiten 230 - 248

Rehbinder, Eckard

Koexistenz und Haftung im Gentechnikrecht in rechtsvergleichender Sicht.

In: NuR, 2007
Seiten 115 – 122

Samtleben, Jürgen

Gerichtsstandsklauseln im MERCOSUR – Erstes Vorlageverfahren vor dem MERCOSUR-Gericht.

In: IPrax, 2008

Seiten 52 – 55

Sarlet, Ingo Wolfgang

Die Einwirkung der Grundrechte auf das brasilianische Privatrecht.

In: Neuner, Jörg (Hrsg.)
Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht
Mohr Siebeck, Tübingen 2007
332 Seiten, 69,- €
ISBN 978-3-16-149360-7
Seiten 81 – 104

Sarlet, Ingo Wolfgang

Soziale Grundrechte und Privatrecht behandelt am Beispiel Brasiliens.

In: Heldrich u.A. (Hrsg.)
Festschrift für Claus Wilhelm Canaris.
Band II
C.H. Beck, München 2007
3012 Seiten, 398,- €
ISBN 978-3-406-56170-2
Seiten 771 – 794

Scherer de Mello Aleixo, Pedro

Das Grundrecht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz in der brasilianischen Rechtsordnung.

In: Neuner, Jörg (Hrsg.)
Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht.
Mohr Siebeck, Tübingen 2007
332 Seiten, 69,- €
ISBN 978-3-16-149360-7
Seiten 311 – 326

Schöpe, Annika

Public Private Partnerships: Eine ökonomische Analyse des Zusammenwirkens von öffentlicher Hand und Privatwirtschaft zur Bereitstellung von Infrastruktur am Beispiel von Brasilien.

Vdm Verlag Dr. Müller, Saarbrücken 2007

143 Seiten, 59,- €
ISBN 9783836421645

Schultes-Schnitzlein, Stefan Alexander

Rechtsformneutralität der Unternehmensbesteuerung in Deutschland und Brasilien.

Univ.-Diss., Köln 2006
277 Seiten

Steinführer, Heinrich

Brasilianisches Regenwaldrecht. Eine Analyse der Begründungen in Gesetzgebung und Rechtspolitik.

Lexxion, Berlin 2006
300 Seiten, 41,- €
ISBN 978-3-936232-74-5

Weerth, Carsten

Das Geflügelfleisch-Fiasko: Ergebnisse der WTO-Dispute-Settlement-Verfahren WT/DS269 und WT/DS286 sowie Urteil des EuGH in der Rs. C-310/06.

In: ZfZ, 2008
Seiten 70 – 77

Weishaupt, Axel-Raimund

Ausländisches und internationales Recht – Brasilien: Einführung der notariellen Trennung und Scheidung.

In: StAZ, 2007
Seiten 244 – 245\\