

§ 25.

Garantia da via judicial (Art. 19 IV GG)

GRUNDGESETZ

Artigo 19 (Limitação dos direitos fundamentais, **Garantia da via judicial**)

(1) ...

(2) ...

(3) ...

(4) ¹Se alguém for lesado nos seus direitos pelo Poder Público, poder-se-á valer da via judicial. ²Segue-se a via judicial ordinária, a não ser que uma outra competência seja prevista [para o caso]. ³Não se derroga o Art. 10 II 2.

99. BVERFGE 10, 264

(VORSCHUSS FÜR GERICHTSKOSTEN)

Controle concreto

12/01/1960

MATÉRIA:

Trata-se do julgamento de uma Apresentação Judicial proposta por decisão (*Vorlagebeschluss*) do Tribunal Federal Administrativo, que considerou o Art. 24 II da Lei de Custas Processuais Bávara (KG) incompatível com os Art. 3 I e 19 IV GG. O referido dispositivo prescrevia a obrigatoriedade do **pagamento antecipado das custas processuais** (*Vorschuss für Gerichtskosten*), dentro do prazo de duas semanas, no caso de decisão parcial ou totalmente denegatória da assistência judiciária gratuita.

O TCF confirmou a constitucionalidade do Art. 24 II KG.

Uma norma segundo a qual pode ser exigido o adiantamento das custas judiciais no processo administrativo, tendo como consequência, em caso de não realização do pagamento antecipado, a aplicação à demanda da pena de deserção, é compatível com a *Grundgesetz*.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 12 de janeiro de 1960
– 1BvL 17/59 –
(...)

RAZÕES

I. – II. (...)

III.

A apresentação judicial é admitida.
(...).

IV.

O Art. 24 KG é compatível com a *Grundgesetz*.

1. A importância do Art. 19 IV GG reside principalmente no fato de ele acabar com a “autocracia” do Poder Executivo na relação com os cidadãos; nenhum ato do Executivo que intervenha em direitos dos cidadãos pode ficar fora do controle judicial. A via judicial, quer dizer, o acesso ao Poder Judiciário, não se encontra todavia ilimitadamente “aberto”. Quando o Art. 19 IV GG garante aos cidadãos proteção jurídica integral em face do poder público, isto não quer dizer que todos os tradicionais princípios de direito processual que dificultam, de fato ou juridicamente, o acesso aos tribunais estejam [automaticamente] revogados. A maior parte desses princípios existe para garantir a segurança jurídica e o andamento organizado da jurisdição, servindo em sentido amplo, destarte, também à proteção jurídica do cidadão. Por isso, nunca foi questionado que o Art. 19 IV GG garante a via judicial somente nos limites da respectiva ordem processual vigente, de forma que o apelo ao Judiciário pode ser submetido ao cumprimento de determinados pressupostos formais, algo como o cumprimento de determinados prazos, da devida representação processual, etc. (BVerfGE 9, 194 [199 s.]). Somente se tais normas dificultassem o acesso aos tribunais

de maneira abusiva e racionalmente não mais justificável, elas seriam incompatíveis com o Art. 19 IV GG.

Desta forma, como antes, é evidentemente admissível que o Estado cobre custas pelo uso de seus tribunais. Tampouco se pode questionar constitucionalmente a forma tradicional da assistência judiciária gratuita, mesmo quando sua concessão for submetida a um exame das chances de êxito da demanda.

(...).

2. (...).

100. BVERFGGE 24, 33

(AKU-URTEIL)

Reclamação Constitucional contra ato normativo

25/06/1968

MATÉRIA:

Os autores da Reclamação Constitucional são ex-acionistas alemães da “*Algemene Kunstzijde Unie N. V.*” (AKU), uma sociedade anônima criada com base no direito holandês e com sede na Holanda.

Ações da AKU que pertenciam a acionistas alemães foram desapropriadas durante a Segunda Guerra Mundial por um decreto holandês sobre o “patrimônio inimigo”, datado de 20 de outubro de 1944. Os reclamantes e outros acionistas alemães propuseram diversas ações contra a validade dessa desapropriação.

A Reclamação Constitucional volta-se contra tratados internacionais firmados entre a R.F.A. e a Holanda a respeito da recuperação das referidas ações. O TCF não admitiu a Reclamação Constitucional direta contra os dispositivos potencialmente inconstitucionais, por entender que seus pressupostos processuais não estavam presentes. O cerne da decisão reside sobre a interpretação do conceito de “poder público” do Art. 19 IV GG.

1. – 2. (...).

3. O Poder Legislativo não faz parte do “poder público” na acepção do Art. 19 IV GG.

Decisão (*Urteil*) do Segundo Senado de 25 de junho de 1968
com base na audiência de 25 de março de 1968
– 2BvR 215/63 –
(...)

RAZÕES

A. I – III., B. (...)

C.

A Reclamação Constitucional não é admitida. (...).

I. (...)

II.

1. – 2. (...).

3. a) (...).

b) (...) o Poder Legislativo não faz parte do “poder público” na acepção [do conceito de poder público do] do Art. 19 IV GG. (...).

Até a entrada em vigor da *Grundgesetz*, considerava-se evidente, segundo o direito e a tradição constitucional alemães, que o cidadão não podia recorrer diretamente ao Judiciário com uma ação contra uma lei. Esse princípio deduzia-se da relação entre os três poderes estatais. (...).

(...). Se a *Grundgesetz* quisesse quebrar essa tradição e introduzir, por meio do Art. 19 IV GG, a possibilidade de uma ação do cidadão diretamente contra uma lei votada pelo parlamento em razão de lesão a seus direitos, ela o teria expressado de maneira clara. Segundo o Art. 20 III e 97 I GG, a lei é o fundamento da decisão judicial. Se devesse ser excepcionalmente seu objeto, isto deveria ser deduzido claramente de uma norma, que garantiria uma tal ação. O Art. 19 IV GG não contém uma regra clara a esse respeito. O exame jurisdicional-constitucional de leis em face de sua constitucionalidade é disciplinado pela *Grundgesetz*, acima de tudo, nos Art. 93 I, nº 2 e Art. 100 I GG. Essas regras devem ser vistas como conclusivas [regras que esgotam a matéria], não obstante a garantia da via judicial do Art. 19 IV GG existir em função da proteção de direitos individuais. Não se pode aceitar que - ao lado do exame jurisdicional-constitucional que está vinculado a determinados pressupostos e que, no caso do controle abstrato de normas, só pode ser provocado por determinados requerentes - qualquer cidadão deva poder recorrer à Justiça comum contra uma lei

sob a alegação de que esta viola seus direitos, ainda que se trate principalmente de exame sobre possíveis violações de direitos fundamentais. Finalmente, no caso de uma ação judicial direta contra uma lei, à decisão a ser prolatada sobre ela teria que ser atribuído o vínculo geral [efeito *erga omnes*]. O Tribunal deveria estar na posição de, se necessário, verificar a nulidade da lei. Uma decisão judicial cujo objeto é a validade de uma lei, não poderia limitar-se, dada a peculiaridade de um tal processo, a uma decisão com efeito de coisa julgada “inter partes”, nem se restringir à verificação de que uma lei, de resto, ainda válida, violasse direitos do autor da ação, não podendo mais ser aplicada em face dele. O Art. 19 IV serve, porém, claramente à proteção dos direitos individuais; não se pode deduzir da norma que é atribuído a cada cidadão o direito de, a partir do ensejo de uma violação a seus direitos, provocar uma decisão de tribunal comum com o efeito *erga omnes* sobre a validade de uma lei, como era possível no processo de ação popular em vigor devido a uma prescrição constitucional expressa, [qual seja,] o Art. 98 IV da Constituição da Baviera de 1946, uma Constituição que já estava em vigor durante os trabalhos do Conselho Parlamentar [*Parlamentarischer Rat* = Assembléia Constituinte].

(...)

III.

1. – 3.

4. Esta decisão foi prolatada com 4 votos a 3.

(ass.) *Seuffert, Henneka, Leibholz, Geller, Rupp, Geiger, Kutscher*

101. BVERFG 35, 382

(AUSLÄNDERAUSWEISUNG)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial

18/07/1973

MATÉRIA:

Contra a não concessão do efeito suspensivo de seus recursos interpostos junto à Justiça administrativa, os dois reclamantes árabes ajuizaram suas respectivas Reclamações Constitucionais, aqui decididas conjuntamente. A não-concessão do efeito suspensivo autoriza a Administração à **extradição imediata de estrangeiros** (*Ausländerausweisung*) que não receberam o asilo requerido.

O TCF confirmou a constitucionalidade do dispositivo decisivo do § 10 I, nº 11 da Lei do Estrangeiro, porém julgou que o uso do poder discricionário da Administração e sua confirmação pela Justiça administrativa feriram o direito fundamental dos reclamantes do Art. 19 IV GG. Por isso, julgou procedente as Reclamações Constitucionais.

1. O § 10 I, nº 11 da Lei do Estrangeiro (*Ausländergesetz* – AuslG) não viola o princípio do Estado de direito.
2. A proteção jurídica outorgada no Art. 19 IV GG é válida, em toda sua extensão, também para estrangeiros.
3. Os pré-requisitos para a configuração do necessário interesse público para a execução imediata das medidas de extradição não devem, por causa da garantia de proteção jurídica da *Grundgesetz*, ser menos intensos do que os pré-requisitos para a configuração da motivação da extradição em si. Pelo contrário, deve haver um interesse público específico justamente na execução imediata.
4. Quando da devida ponderação entre o interesse público na imediata execução e o interesse particular do estrangeiro no prosseguimento de sua estadia no país, há de se considerar também que a imediata execução de uma medida de extradição pode impedir que o estrangeiro prossiga na defesa de sua pretensão jurídica em processo principal.
5. Uma vez ocorrendo a extradição, por meio da imediata execução de sua ordem antes de seu exame por órgão jurisdicional, existe, então, para os órgãos revisores da Administração e juízos e/ou tribunais administrativos, a obrigação de atuar no processo principal com a maior celeridade possível. De outro modo, uma ordem a princípio justificada de execução imediata pode tornar-se inconstitucional.
6. O Art. 6 I c.c. Art. 3 II GG impõe que se confrontem ao interesse público, na execução imediata de uma extradição, também os interesses próprios do cônjuge alemão.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 18 de julho de 1973
– 1 BvR 23, 155/73 –
(...)

RAZÕES

A.

As Reclamações Constitucionais conexas para decisão em conjunto referem-se à proteção de direito fundamental de estrangeiros junto à imediata execução de uma medida de extradição e seu exame no processo previsto no § 80 III no Código Jurisdicional Administrativo (*Verwaltungsgerichtsordnung* – VwGO).

I.

(...)

II.

Os reclamantes são estudantes árabes. Sua extradição está relacionada com as medidas administrativas tomadas contra árabes e organizações palestinas, que foram provocadas pelo atentado praticado em Munique, a 4 e 5 de setembro de 1972, por terroristas palestinos contra a equipe olímpica israelense. (...).

(...).

III. – V. (...)

B.

As Reclamações Constitucionais são admitidas.

I. – II. (...)

C.

As Reclamações Constitucionais são procedentes.

As decisões impugnadas violam os direitos fundamentais dos reclamantes previstos no Art. 2 I c.c., o princípio do Estado de direito, e com o Art. 19 IV GG, bem como, no caso do reclamante 2, seu direito fundamental previsto no Art. 6 I GG.

I.

O direito fundamental, previsto no Art. 2 I GG, ao livre desenvolvimento da personalidade, cabe, na República Federal da Alemanha, como direito humano geral,

também a estrangeiros. A limitação do direito fundamental à liberdade de trânsito aos alemães no território nacional (Art. 11 GG) não exclui a aplicação, também, do Art. 2 I GG à permanência de pessoas na República Federal da Alemanha (cf. BVerfGE 6, 32 [36]). A proteção daí resultante é garantida, porém, apenas dentro da moldura delineada pelo Art. 2 I GG, especialmente apenas nos limites da ordem constitucional. À ordem constitucional pertence toda norma jurídica que esteja formal e materialmente de acordo com a Constituição (cf. BVerfGE 6, 32 [37 s.]; cf. também BVerfGE 10, 89 [99]; 21, 54 [59]). O legislador é, por princípio, nesse sentido, competente para estabelecer regras sobre a permanência e a extradição de estrangeiros.

II.

1. Junto a tais regras, o legislador tem evidentemente que observar o princípio do Estado de direito (cf. BVerfGE 17, 306 [313 s.]; 19, 342 [348 s.]). Esse princípio exige, primeiramente, que intervenções estatais onerosas aos indivíduos devam ter um fundamento legal suficientemente claro e que, no mais, o princípio da proporcionalidade seja adequadamente observado. Não é necessário ser aqui decidido se todas as normas da Lei do Estrangeiro satisfazem tais exigências. Os dispositivos sobre as quais se baseiam as impugnadas medidas de extradição e as ordens para sua imediata execução não podem ser atacados sob esse ponto de vista. Isso vale, a despeito do entendimento dos reclamantes, também para o § 10 I, nº 1 AuslG. Como o governo federal de maneira procedente formulou, o conteúdo e o propósito desses dispositivos, principalmente a interpretação do conceito jurídico indeterminado “interesses relevantes da República Federal da Alemanha”, podem ser assaz verificados a partir de sua relação [sistemática] com o arrolamento de motivos de extradição, mais precisamente descritos no § 10 I, nº 1 ao 10 AuslG (...).

2. Uma vez que, em estando presentes os pressupostos fáticos dos tipos normativos encontrados nos números do § 10 I AuslG, a extradição não seja prescrita cogentemente, mas colocada no âmbito de discricionariedade da autoridade competente, as normas aplicadas pela Administração deixam, como bem enfatizado pelo governo federal, margem suficiente para que se leve em consideração, quando de sua aplicação no caso concreto, o princípio da proporcionalidade, no qual o princípio do Estado de direito tem papel especialmente marcante (BVerfGE 17, 306 [314]). Segundo esse princípio

dotado de status constitucional (jurisprudência consolidada, cf. BVerfGE 19, 342 [348 s.]; 23, 127 [133], com maiores referências bibliográficas), intervenções na esfera privada somente serão admissíveis se e na medida em que forem indispensáveis à proteção de interesses públicos. Os meios escolhidos devem estar numa relação racional com o resultado pretendido. Assim, há de se ponderar, na aplicação dos suportes fáticos previstos no § 10 I AuslG, entre o interesse público particularmente protegido por cada prescrição e os interesses do estrangeiro atingido, ou seja, em face, por exemplo, das conseqüências da extradição para sua existência econômica, profissional, pessoal, especialmente para o casamento com uma mulher que não queira ou não possa seguir com ele para o exterior, assim como para outros vínculos sociais. (...).

III.

A exigência geral já decorrente do princípio do Estado de direito de uma proteção jurídica adequada contra violações de direitos pelo poder público é concretizada pela norma constitucional positiva do Art. 19 IV GG. Ela tem validade em toda sua extensão também para estrangeiros.

1. A proteção jurídica (cf. BVerfGE 10, 264 [267]; 25, 352 [365]; 35, 263 [274]), que é deste modo garantida de maneira abrangente e efetiva, torna-se ilusória quando os agentes administrativos implementam medidas irreparáveis antes de o Poder Judiciário [ter a oportunidade de] analisar sua legalidade. O efeito suspensivo (§ 80 I VwGO) do recurso administrativo e da ação perante tribunal administrativo, em regra prescrito, é uma configuração infraconstitucional adequada da garantia constitucional de proteção jurídica e “um princípio fundamental do Direito Processual Público” (BVerfGE 35, 263 [272]). Por outro lado, o Art. 19 IV GG não garante em absoluto o efeito suspensivo dos remédios jurídicos no processo administrativo (cf. BVerfGE 11, 232 [233]; 35, 263 [274]). Interesses públicos preponderantes podem justificar retroceder provisoriamente a pretensão à proteção jurídica do titular do direito fundamental, a fim de introduzir a tempo medidas inadiáveis no interesse do bem comum. Isto deve, porém, permanecer uma exceção. Uma prática administrativa que invertesse essa relação entre regra e exceção, na qual, por exemplo, atos administrativos do tipo em questão fossem declarados indistintamente como

imediatamente executáveis e uma jurisprudência que aprovasse tal praxe, não seriam compatíveis com a Constituição.

Para a imediata execução de um ato administrativo é, por isso, exigido um interesse público especial, que vá além daquele interesse que justifica o próprio ato administrativo. Ainda que não se possa determinar em termos gerais, mas somente no caso concreto, quando a pretensão do indivíduo à proteção jurídica deve excepcionalmente ser preterida em prol dos interesses públicos e quando é defeso ao executivo, por força do Art. 19 IV GG, antecipar-se ao controle judicial de suas medidas, deriva-se, no entanto, o seguinte do propósito da garantia de proteção jurídica e do princípio constitucional da proporcionalidade: A pretensão do cidadão à segurança jurídica será tão mais forte, devendo por isso ser menos preterida, quanto mais grave for para ele o ônus imposto e quanto mais irreversíveis forem as medidas da Administração.

2. A fundamentação das decisões atacadas não permite que se reconheça que os tribunais administrativos tenham cumprido sua obrigação de exame na extensão [supra] apresentada.

(...).

(...) as exigências do necessário interesse público para a execução imediata não devem, em vista da garantia à proteção jurídica prevista na *Grundgesetz*, ser menos rigorosas do que as exigências de razões para a própria extradição. Ao contrário, necessário se faz justamente um interesse público especial na execução imediata. Deve haver uma preocupação fundamentada de que a ameaça advinda com o estrangeiro e combatida com a extradição se realizaria no interregno até a decisão judicial sobre a legalidade da ordem (administrativa) de extradição. A suspeita geral de prejuízo a interesses relevantes da República Federal da Alemanha não basta para a extradição.

3. Das decisões impugnadas também não se pode satisfatoriamente depreender que os graves e irreparáveis prejuízos que resulta[ria]m para os reclamantes da execução imediata da ordem de extradição, foram devidamente analisados em toda a sua extensão.

a) – b) (...).

c) Tendo em vista o direito fundamental de proteção jurídica previsto no Art. 19 IV GG, há de se considerar finalmente que a execução imediata de uma ordem de extradição prejudica o estrangeiro, nos casos do tipo ora apresentado, em

seu direito de defesa, especialmente quando o impede, no processo principal, de exercer seu direito processual ao depoimento pessoal perante o Tribunal Administrativo.
(...).

IV.

Finalmente, as decisões impugnadas, no caso do reclamante 2, que é casado com uma mulher detentora da nacionalidade alemã, não apreciaram suficientemente a extensão da área de proteção do direito fundamental que compete a ambos os cônjuges por força do Art. 6 I GG. O Tribunal Administrativo até reconheceu que o casamento do reclamante estaria sujeito a graves ônus em razão da execução imediata. Todavia, ele parte, sem maior fundamentação, provavelmente da tese de que se poderia esperar da mulher, sem considerar seus outros vínculos, que esta siga com o reclamante para o exterior, mesmo já antes de uma decisão definitiva sobre sua permanência na República Federal. Isso não corresponde ao entendimento atual do significado da garantia constitucional prevista no Art. 6 I GG, que, em conexão com o Art. 3 II GG, garante a proteção do casamento enquanto sociedade composta por parceiros detentores de iguais direitos (...). A extradição do cônjuge estrangeiro força o cônjuge alemão ou a renunciar à sua terra natal, a fim de manter seu casamento, ou a aceitar o fim da sociedade conjugal, a fim de permanecer em sua terra natal. Esse constrangimento pode ameaçar o casamento atingido. Disso não resulta que o casamento com um parceiro que detenha a nacionalidade alemã proteja por excelência [em todos os casos] contra uma extradição. No entanto, junto à devida ponderação, também o interesse próprio do cônjuge alemão deve ser *ex officio* confrontado ao interesse público da Administração na execução imediata da extradição.

V.

(...)

(ass.) *Benda, Ritterspach, Haager, Rupp-v. Brünneck, Dr. Böhmer, Dr. Faller,
Dr. Brox, Dr. Simon*

102. BVERFGE 37, 150

(SOFORTIGER STRAFVOLLZUG)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 24/04/1974

MATÉRIA:

As Reclamações Constitucionais de dois presidiários contra a aplicação imediata de pena, sofrida por delito praticado dentro da instituição prisional, foram julgadas improcedentes pelo TCF, pois não representam uma violação do Art. 19 IV GG.

1. (...).
2. Não há, com efeito, ofensa ao Art. 19 IV GG quando o legislador, no campo do processo penal e da execução penal, previu a execução imediata como regra e a suspensão da execução como exceção. Todavia, deve ser garantido que o atingido possa imediatamente provocar uma decisão judicial sobre se prevalece, no caso concreto, o interesse público à execução imediata ou, por outro lado, o interesse do indivíduo à suspensão da execução até que a legalidade da medida seja examinada [judicialmente].

**Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 24 de abril de 1974,
de acordo com o § 24 da Lei do Tribunal Federal Constitucional
(*Bundesverfassungsgerichtsgesetz* – BVerfGG)
- 2 BvR 236, 245, 308/74 -
(...)**

RAZÕES

I.

1. – 2. (...).

II.

(...).

O Art. 19 IV GG garante não somente o direito formal e a possibilidade teórica de se recorrer ao Poder Judiciário, mas também estabelece em favor do cidadão uma pretensão ao controle judicial efetivo e eficaz. A partir dessa garantia constitucional segue, ao mesmo tempo, o mandamento constitucional de se impedir, tanto quanto possível, que, por meio da execução imediata de uma medida estatal do peso de uma

pena privativa de liberdade, por exemplo, sejam criadas circunstâncias que não possam mais ser desfeitas, ainda que a medida seja depois, em sede controle judicial, considerada ilegal (cf. BVerfGE 35, 263 [274]; 35, 382 [401 s.]).

Não há ofensa ao Art. 19 IV GG quando o legislador, no campo do processo penal e da execução penal – ao contrário das regras válidas para a impugnação de atos administrativos no processo administrativo (§ 80 VwGO) – previu a execução imediata como regra e a suspensão da execução como exceção, porque ele viu, por princípio, como necessária a execução imediata de medidas ordenadas em razão de interesse público prevalecente. Todavia, deve ser garantido que o atingido possa imediatamente provocar uma decisão judicial sobre se prevalece, no caso concreto, o interesse público à execução imediata ou, do outro lado, o interesse do indivíduo à suspensão da execução até que a legalidade da medida seja examinada [judicialmente]. Junto a esta ponderação, a pretensão do cidadão à proteção jurídica ganha um peso tanto maior quanto mais grave for o ônus imposto e quanto mais irreversível for a medida efetivada pelo Executivo (BVerfGE 35, 382 [402]).

(...).

(ass.) *Seuffert, Dr. Rupp, Dr. Geiger, Hirsch, Dr. Rinck, Dr. Rottmann*

103. BVERFGE 84, 34

(GERICHTLICHE PRÜFUNGSKONTROLLE)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 17/04/1991

MATÉRIA:

As duas Reclamações Constitucionais, julgadas conjuntamente na presente decisão, foram movidas por formandos em direito contra suas respectivas avaliações orais, em seus exames de Estado (respectivamente segundo e primeiro exame de Estado)³⁴² e suas confirmações judiciais em sede de **controle judicial de exame** (*gerichtliche Prüfungskontrolle*). O TCF admitiu as Reclamações Constitucionais, mas, no mérito, julgou-as improcedentes, porque não enxergou nas decisões

³⁴² O Primeiro Exame de Estado (*Erstes Staatsexamen*) fecha a formação acadêmica, enquanto o Segundo Exame de Estado habilita o aprovado a ser *Assessor* ou *Volljurist*, qualificação necessária à investidura de magistrado e de todas as demais carreiras jurídicas.

judiciais nenhuma violação de direito fundamental, principalmente nenhum ferimento de sua margem discricionária, ou seja, os tribunais ordinários observaram o disposto no Art. 19 IV GG.

1. De acordo com o Art. 12 I GG, os procedimentos de concurso para seleção profissional devem ser organizados de tal forma que o direito fundamental à liberdade de profissão seja efetivamente protegido. Os candidatos devem, portanto, ter o direito de efetivamente levantar objeções contra sua nota final. Porém, o acesso a uma segunda instância administrativa para a reavaliação completa dos polêmicos desempenhos no exame não é devido.
2. A jurisprudência dos tribunais administrativos em relação à margem de avaliação das bancas públicas de avaliação somente será compatível com o Art. 19 IV GG quando se tratar de julgamentos específicos à matéria examinada. De outra feita, divergências de opinião técnica entre examinador e candidato não são, em geral, isentas de controle judicial.
3. Do Art. 12 I GG deriva-se, para os exames de aptidão profissional [de habilitação ou ingresso em carreira fiscalizadas pelo poder público], o princípio geral de avaliação, segundo o qual uma solução defensável e fundamentada com argumentos consistentes não pode ser julgada como errada.

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado em 17 de abril de 1991

– 1 BvR 419/81 e 213/83 –

(...)

RAZÕES

A.

Os reclamantes voltam-se contra avaliações de seus exames consideradas por eles como errôneas. Eles contestam, sobretudo, que essas avaliações foram analisadas apenas de forma limitada no recurso administrativo e nos subseqüentes processos judiciais administrativos.

I. – IV. (...)

B.

As Reclamações Constitucionais são admitidas, mas improcedentes.

I.

(...)

II.

(...)

1. (...).

(...). Se a decisão administrativa impugnada se baseia na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, a concretização destes é, pois, fundamentalmente matéria dos tribunais que devem reexaminar ilimitadamente a aplicação normativa pela Administração. As regras sobre o controle limitado das medidas da Administração não valem para a interpretação e aplicação de conceitos jurídicos indeterminados³⁴³ (cf. BVerfGE 7, 129 [154]; 64, 261 [279]).

Conceitos jurídicos indeterminados podem, todavia, em razão da sua grande complexidade ou da dinâmica especial da matéria regulamentada, ser tão vagos e sua concretização na interpretação da decisão administrativa ser tão difícil, que o controle judicial esbarre nos limites funcionais do Judiciário. À autoridade administrativa aplicadora da lei é garantido, em tais casos, sem ofensa ao princípio do Estado de direito, um espaço delimitado de liberdade de decisão (cf. BVerfGE 54, 173 [197]; 61, 82 [114]; 83, 130 [148]; *Schmidt-Aâmann* em: Maunz-Dürig, *Grundgesetz*, Art. 19 IV, comentário n. 184 com maiores referências bibliográficas). Essa questão não requer, porém, aqui [em face do presente caso], maiores esclarecimentos. Para a avaliação de exames para admissão profissional, como aqueles que formam o objeto das decisões atacadas, existem, no entanto, peculiaridades.

2. Concursos públicos que limitam o acesso a profissões acadêmicas implicam em avaliações difíceis que devem ser feitas de acordo com a igualdade de chances de todos os candidatos (Art. 3 I GG) em todas as fases do procedimento do concurso que não podem ser reproduzidas isoladamente, sem mais, em subseqüentes litígios administrativos provocados por alguns candidatos (a). Disso resulta uma margem de avaliação própria do direito de concurso [no sentido objetivo, posto, sistema normativo] (b). Esta é, porém, limitada a avaliações específicas dos conhecimentos avaliados, não

³⁴³ Nestes casos; vale o controle amplo, porque conceitos indeterminados devem ser interpretados sempre à luz da Constituição e, sobretudo, dos direitos fundamentais, segundo a teoria da irradiação dos direitos fundamentais (*Ausstrahlungswirkung der Grundrechte*); e suas conseqüências para a eficácia dos direitos fundamentais em face dos órgãos da Administração e do próprio Judiciário.

se estendendo, também, a todas as questões técnicas, que constituam o objeto do exame (c).

a) A avaliação dos desempenhos num exame para admissão profissional é uma decisão juridicamente vinculada do examinador. Esta é, como intervenção na liberdade de escolha da profissão, segundo o Art. 12 I GG, somente admissível com base em uma lei e nos limites da proporcionalidade. (...). Apesar desse grande significado prático e relevância constitucional do resultado do exame, os critérios de avaliação são determinados na lei de maneira tão somente inexata. Já o modo de definição de tarefas é limitado tematicamente somente superficialmente em todos os regulamentos para a formação em carreiras jurídicas. Os níveis previstos de notas variam entre “insuficiente” e “muito bom” – divididos respectivamente em notas intermediárias segundo o valor da pontuação – e são definidos, não de forma determinada, mas indicados apenas de forma bem geral (...).

A força diretiva desses dados legais é limitada. (...).

(...) Vem à pauta uma circunstância decisiva: Os examinadores têm que partir, em sua avaliação, de estimativas e experiências que eles desenvolveram no decorrer de sua prática em exames semelhantes e que geralmente utilizam. As definições de notas dos Regulamentos de Exames, exigem-nas expressamente, na medida em que tomam como critério os desempenhos regulares [para definir a escala de predicados, n. org]. Mas também o limite da aprovação/reprovação, ou seja a medida de aferição de desempenhos insuficientes, não pode ser determinado de maneira rígida sem se considerar resultados regulares [ou medianos] (...). Disso resulta que as notas dos exames não devem ser vistas isoladamente, mas aferidas em um sistema co-relacional, o que é influenciado pelas experiências pessoais e idéias dos examinadores. No processo administrativo referente a um único candidato, o tribunal não poderia – também com a ajuda de um expert – recuperar [reconstruir] os critérios de avaliação que foram decisivos para o total dos demais candidatos, de forma a aplicá-los a uma situação de exame precariamente reconstruída. O tribunal precisaria desenvolver critérios próprios de avaliação, colocando-os no lugar daqueles dos examinadores.

b) No caso, não se trata apenas de dificuldades práticas da aplicação do direito, mas também, principalmente, de um problema constitucional. Segundo o princípio da igualdade de chances que rege o direito relativo aos exames (BVerfGE 37, 342 [352 s.]; 79, 212 [218]), devem ser válidos para os candidatos semelhantes [concorrentes] condições de prova e critérios de avaliação que sejam tão semelhantes

quanto possível. Seria incompatível com esse princípio se candidatos individuais obtivessem a chance de receberem uma avaliação independente de um contexto de comparação, só porque ensejaram um processo jurisdicional administrativo. A avaliação uniforme de todos os candidatos semelhantes [concorrentes] seria profundamente atingida. Uma tal avaliação uniforme é somente possível se for assegurado à autoridade examinadora, junto às avaliações específicas do exame, uma margem de decisão [uma certa discricionariedade], sendo o controle judicial, neste ponto, limitado.

(...).

c) Os limites da margem de avaliação do direito relativo a concursos públicos [de habilitação profissional] resultam de sua legitimação constitucional. Eles definem, ao mesmo tempo, a extensão do controle jurisdicional administrativo previsto pelo Art. 19 IV GG. Apenas avaliações específicas de exame – ligadas multilateral e indissociavelmente a decisões técnicas – são deixadas ao critério da competência final de decisão da autoridade pública examinadora. Porém, também a resposta de tais questões da avaliação não é isenta de quaisquer controles. A margem de avaliação tem limites, cuja observância é, em vista do Art. 19 IV GG, passível de revisão judicial. O controle que resta na competência dos tribunais precisa, no caso de exames para habilitação profissional, ser direcionado a um propósito, adequado e proporcional (cf. BVerfGE 60, 253 [269]).

Segundo a jurisprudência dos tribunais administrativos, a qual é seguida também pelas decisões impugnadas, a margem de avaliação será extrapolada, fazendo-se necessária uma correção judicial, quando as autoridades públicas examinadoras cometerem erros procedimentais, desconhecerem o direito aplicável, se basearem em fatos equivocados, violarem parâmetros de avaliação geralmente válidos ou se orientarem por considerações estranhas à matéria [irracionais] (...). Assim, não deve existir, portanto, princípio de avaliação em geral válido que proíba julgar o correto como errôneo e posições defensáveis como indefensáveis (BVerwG, Buchholz 421.0, nº 121, p. 195; Seebass, *op. cit.*, p. 527). O controle residual da arbitrariedade, de acordo com o que foi dito, limita-se apenas a casos extremos, nos quais uma avaliação também seja possível sem que se aprofunde em considerações técnicas específicas. Somente quando a avaliação se fundar “em um erro tão evidente e fora de qualquer contexto razoável do ponto de vista técnico-científico”, de tal sorte “que seu resultado se revele ao juiz como inteiramente insustentável”, deverão ser os limites da arbitrariedade considerados ultrapassados (BVerwG, *Buchholz* 421.0, n. 121, p. 195).

Uma parcimônia assim tão ampla do controle judicial não será, em todo caso, compatível com o Art. 19 IV GG, se se tratar de exames que restrinjam o acesso à profissão (...).

(...). Um erro arbitrário de avaliação deve (...) já ser reconhecido quando ele aparecer como indefensável por experts. Ainda que isso possa ser feito por tribunal somente com ajuda especializada, tais dificuldades práticas não são, todavia, razão suficiente para limitar a proteção jurídica garantida pelo Art. 19 IV GG.

(...).

3. (...).

III.

(...)

(ass.) *Herzog, Henschel, Seidl, Grimm, Söllner, Dieterich, Kühling, Seibert*