

CONHECER PARA RECONHECER

ELEMENTOS DE FORMAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO NO DIREITO ALEMÃO - 1998

Domingo, 15 de Março de 2020 17:31:18

ARTIGO - TRADUÇÃO

AUTOR: Dankwart Mallmann

TRADUTOR: Luís Afonso Heck

PUBLICADO EM: Estudos Jurídicos – UNISINOS, SÃO LEOPOLDO vol. 31, n. 81, p. 95-103, janeiro/abril de 1998

Anexos: 5

ELEMENTOS DE FORMAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO NO DIREITO ALEMÃO*

Dankwart Mallmann**

ABSTRACT

This article is about each one of the elements of formation of the administrative act in the German law, and it mentions the legal means of opposition.

RESUMO

O artigo trata de cada um dos elementos de formação do ato administrativo no Direito alemão e menciona os meios legais de oposição.

* Palestra proferida pelo Prof. Dr. Dankwart no mestrado em Direito da UNISINOS. Traduzido por Luís Afonso Heck.

** Doutor em Direito

© Dankwart Mallmann, 1998.

Estudos Jurídicos	Vol. 31	Nº 81	Janeiro/Abril	1998	p. 95-103
-------------------	---------	-------	---------------	------	-----------

Trata-se dos elementos de definição constitutivos de direito ou essenciais do ato administrativo no Direito alemão. Como no geral, no Direito alemão nós temos negócio jurídico à nossa frente, seja ele eficaz ou não, quando, cada vez, existem seus elementos de definição ou requisitos segundo a definição daquele ato. Se existem apenas alguns desses elementos, então trata-se do fragmento daquele ato, que, certamente, se deixa qualificar de ato, mas, precisamente, não de ato administrativo, na medida em que tal ato estava intencionado. Se falta um tal elemento, então isso não significa uma deficiência, ou seja, no tratamento de cada ato jurídico e, especialmente, no ato administrativo, o conceito da não-existência não se deixa qualificar de "confuso", quando um ou mais dos elementos de definição de um ato jurídico faltam e, também, não se deixa sustentar que, por isso, o ato seja nulo. Por isso, também não se deixa dizer que as diferenças entre nulidade e não-existência são de índole puramente teórica, que, ao contrário, o Tribunal Espanhol Supremo sustenta. Em alguns Estados, atos não-existentes são qualificados de nulos, talvez para esconder decisões sob um invólucro que aparenta fidelidade à lei.

No Direito alemão, nós diferenciamos, com isso, claramente, as partes integrantes de um ato jurídico, que apresentam um quadro jurídico, na forma querida pelo afetado, dos requisitos de validade, cuja consideração exclui a deficiência do negócio jurídico. Como no Direito alemão casos de nulidade não são tratados como casos de não-existência, penso eu, o tratamento dos elementos essenciais do ato administrativo vai de encontro a interesse especial.

No tratamento daqueles elementos, os quais efetuam que a estrutura do ato jurídico intencionado satisfaça as prescrições legais, nós descobrimos que o conceito de um ato administrativo é formulado mais estreitamente que em outras ordens jurídicas – por exemplo, como no Direito espanhol, onde cada declaração de vontade, juízo, produção de declaração ou cada desejo é ato administrativo que procede de uma autoridade. Alguns autores espanhóis incluem a questão da unilateralidade junto na definição, que tira os contratos da consideração, e excluem, simultaneamente, a normatividade, que se refere aos regulamentos. Tudo uma simples solução.

No Direito alemão, nós diferenciamos atos administrativos de outra atuação administrativa. Ambos têm um valor jurídico separado e são tratados segundo certas regras. Isso resulta, entre outras coisas, dos elementos constitutivos de direito do ato administrativo aqui tratados.

A definibilidade do ato administrativo e, com isso, os elementos constitutivos de direito do ato administrativo encontram-se nas leis de procedimento administrativo dos estados-federados individuais. Na República Federal, é o § 35 da lei do procedimento administrativo.

Segundo essa norma, um ato administrativo é cada ordem ou outra medida soberana no direito público que parte de uma autoridade para regular um caso particular e que está ajustada para produzir efeitos externos jurídicos. Assim, nós temos, naquela fórmula, seis definibilidades à nossa frente: medida, autoridade, direito público, regulação, caso particular e efeito externo.

O conceito medida significa uma atividade que persegue um objetivo e que contém uma declaração de vontade. Medidas são essenciais, já que sem declaração de vontade não existe ato jurídico. Ao afetado deve estar claro que a autoridade dele espera algo ou lhe atribui algo. Em casos de dúvida de uma interpretação valem os princípios de interpretação do Código Civil alemão, que, todavia, só analogicamente devem ser empregados, porque são de natureza jurídico-civil.

Medidas são, por exemplo, sinais, feitos com a mão, de um policial que regula o tráfego, ou um outro exemplo de um sinal é uma corrente policial que vai à frente para fazer recuar manifestantes. Importante é, naturalmente, sempre que o destinatário ou os destinatários interpretem corretamente a medida, que eles, portanto, não interpretem mal sinais feitos com a mão, por exemplo, como saudação para eles mesmos, para um outro ou de outra forma. Naturalmente, medidas podem também por caminhos mecânicos ser manifestadas, portanto, por exemplo, com auxílio de um computador.

A lei fala de medidas soberanas. Essa formulação suscita problemas porque a lei não deixa reconhecer simultaneamente o que ela entende com aquele adjetivo. Contudo, a lei, na mesma conexão, fala também de jurídico-público, emprega, portanto, definibilidades que não estão muito distantes. Por isso, alguns autores, na interpretação do conceito soberano, qualificam as medidas de unilaterais, ou seja, a autoridade procede com o cidadão não no mesmo plano, para pôr-se de acordo com ele e trabalhar junto com ele.

Ao contrário, a maioria dos autores não é capaz de descobrir na palavra soberano valor próprio, pois a medida já de qualquer modo está coordenada ao direito público. Com isso, os conceitos soberano e jurídico-público são empregados em um e mesmo sentido. Por isso, no geral, o conceito soberano é considerado como supérfluo.

Ocupemo-nos agora, em detalhes, com o próximo elemento de definição do ato administrativo. Cada ato administrativo deve ser promulgado por uma autoridade estatal.

A lei do procedimento administrativo da República Federal nos dá no § 1º, alínea 4, a definição de uma autoridade. Autoridade é cada posto que tem tarefas administrativas. Esta definibilidade está amplamente formulada. Ela não se refere à questão, se este posto é pessoa jurídica ou não. Mas esse posto tem de atuar com uma certa autonomia e independência. Autoridades são, por exemplo, repartições financeiras, repartições de previdência, os ministérios.

No desenrolamento de tarefas administrativas, também tribunais e postos legislativos são autoridades da administração. Citemos dois exemplos: o julgamento de um juiz por suas autoridades hierarquicamente superiores, depois, ordenações a um preso no quadro de sua prisão.

Na maioria, são atividades das respectivas autoridades administrativas inferiores, dos municípios e distritos. Mas a competência ou ultrapassagem das competências não devem ser vistas simultaneamente no quadro dos elementos

constitutivos de direito. Aqui, a questão sobre a nulidade da atuação administrativa deve ser suscitada.

É imaginável que um cidadão ou uma pessoa organizada jurídico-privadamente tenha qualidades de autoridade em um determinado caso. São tais pessoas que exercem um serviço jurídico-público. Por exemplo, empresas construtoras rodoviárias, que asseguram suas obras rodoviárias com sinais de circulação ou com sinalleiras, sem que para isso seja necessária uma intervenção direta da Polícia Rodoviária ou da repartição rodoviária. Um outro exemplo formam os patrulheiros escolares que possibilitam aos companheiros, na calçada, o cruzamento da estrada; um exemplo mais formam os inspetores de carne que, mediante um carimbo sobre a carne examinada, certificam sua falta de objeções em sentido sanitário.

Chegamos agora ao próximo elemento constitutivo de direito do ato administrativo. Não é imaginável que atos administrativos, embora eles sejam promulgados por uma autoridade, estejam sujeitos a determinações que não são de índole jurídico-pública. Nisto, é insignificante que as determinações do ato administrativo intervêm em direitos privados ou jurídico-cívicos.

Para saber quando estamos tratando com direito público e quando isso não é o caso, nós temos, no Direito alemão, três doutrinas jurídicas. A doutrina do interesse, a teoria da subordinação e a teoria do sujeito.

Segundo a teoria do interesse, trata-se, sempre então, de direito público quando o caso que está na base serve especialmente ao interesse público. Em outro caso, está dado direito privado, porque o evento especialmente é em proveito dos interesses privados do cidadão.

Na doutrina da subordinação, é importante que entre cidadão e autoridade exista uma relação de sujeição. Se ambas as partes procedem no mesmo plano sem que o cidadão submeta sua vontade à da autoridade, então estamos no âmbito jurídico-cívico. Em restrições dos direitos cívicos pelo Estado, nós estamos em uma subordinação, portanto, no direito público.

A terceira doutrina, a teoria do sujeito, vê o assunto mais formalisticamente. Segundo ela, deve ser examinado se a administração tem uma faculdade e tarefa soberana. Se restam ao cidadão espaços de liberdade de atuação, então nos encontramos no direito civil.

Consideremos, no que segue, pormenorizadamente o próximo elemento do ato administrativo. Cada ato administrativo deve conter uma regulação. Regulações têm por objetivo produzir efeitos jurídicos. Assim, nascem novas relações jurídicas, modificações jurídicas ou declarações jurídicas, razão por que meras informações, opiniões, repetições ou conselhos não podem ser considerados como regulação, na medida em que as autoridades com eles manifestam somente critérios de valor momentaneamente válidos.

A classificação das declarações como atos administrativos encontra dificuldades porque declarações somente são uma descrição de uma situação sem, por meio disso, produzir diretamente uma modificação jurídica. Contudo, e contra essa reflexão, declarações são classificadas como regulação no sentido de um

ato administrativo na medida em que, em todo o caso, uma modificação jurídica assenta diretamente sobre a declaração. Isso é o caso na declaração do tempo de serviço de um funcionário para, assim, obter uma base para a fixação posterior do aumento do salário, ou um município declara, no quadro jurídico-tributário, a quantia do valor unitário de um terreno. Mais tarde é calculada a quantia do imposto de bens imóveis sobre essa declaração.

Nessa conexão, deve ser abordada a promessa que uma autoridade dá. Com promessas escritas obriga-se uma autoridade a não promulgar um ato administrativo ou a promulgar um tal, mas, então, no sentido da promessa dada. A controvérsia gira em torno disto, se nesse sentido promessas devem ser classificadas como atos administrativos ou não. Certo é qualificá-las de atos administrativos, cujo efeito terá lugar apenas no futuro. No geral, nelas são vistas em tal sentido, regulações que são atos administrativos sob condições legais especiais.

Deve ser observado, nesta conexão, que promessas orais não provocam auto-obrigação da autoridade. A autoridade está antes, apesar de tal promessa, livre para tomar a decisão que melhor lhe parece. Outra coisa é, que, porém, até agora parece não ter sido discutida, se também não em tais casos toca à autoridade uma obrigação de indenização, quando sua promessa produziu do lado do cidadão uma confiança juridicamente relevante.

Em uma discussão do conceito de uma regulação pertence, como elemento do ato administrativo, também uma referência às denominadas disposições reiterativas.

Nisso, trata-se do seguinte: um cidadão pediu de uma autoridade um ato administrativo que, porém, foi recusado. A recusa tornou-se irrevogável. Adiante, o cidadão faz novamente o pedido, na esperança que a opinião da autoridade tenha-se modificada a seu favor, que, porém, não é o caso. Se, agora, a autoridade, em sua resposta, restringir-se a isto, de esclarecer que nem o fato que está na base da decisão antiga nem a situação jurídica interinamente se modificaram, então está claro que ela não adotou regulação com estas palavras, porque a situação jurídica do cidadão permanece, sem exame pormenorizado pelo Estado, assim como ela era antes. Os direitos do proponente não foram alargados nem limitados. A autoridade referiu-se, finalmente, só à sua decisão antiga, contra a qual não há mais reclamação.

Diferente é o significado e, por conseguinte, o resultado jurídico, quando a autoridade novamente examina os fatos e as determinações jurídicas que foram base da decisão antiga. Se a autoridade responde segundo tal novo exame, então ela promulga, nesse assunto, um novo ato administrativo.

Uma discussão, a ser compreendida antes como de significado meramente teórico, desenvolveu-se em torno da questão, como decisões recusantes devem ser valoradas. Alguns acham que decisões recusantes não poderiam conter regulação porque nenhuns direitos que até agora resultaram foram modificados por uma recusa. Entretanto, deve ser visto que se trata de direitos sustentados do cidadão e que a decisão administrativa recusante não é outra

coisa que a imagem reflexa de uma concessão jurídico-administrativa que representa, inequivocamente, um ato administrativo. Assim, não se pode abster-se de ver em decisões recusantes também regulações no sentido de atos administrativos.

Contudo, aqui há limitações, pelo menos segundo a maioria dos autores e decisões judiciais. Se se trata, na medida recusada, de um denominado ato real, então a recusa não é ato administrativo. Exemplos são a negação de um exame médico-sanitarista ou a autoridade construtora rodoviária nega a reparação de uma estrada defeituosa. Ambas não são atos administrativos. Não obstante, há um caso especial. Um ato administrativo deve ser quando um cidadão pede da polícia a entrega dos documentos justificativos do serviço de identificação.

Atos de graça que efetuam o cumprimento de um preso antes do tempo e, com isso, adotam uma regulação especialmente radical, não valem, segundo opinião predominante, como atos administrativos. Porque os atos são mera graça e, com isso, devem ser assentados fora do Direito. Porque à graça ninguém tem um direito. Diferente é se um ato de graça, uma vez dado, for revocado. Isso é um ato administrativo. A razão deve ser que o preso, por meio disso, perde um direito.

Na nossa exposição das partes integrantes constitutivas de direito de um ato administrativo cabe, agora, falar sobre o conceito do caso particular. Quando ouvimos esse conceito nós pensamos que uma pessoa individual está afetada por um evento particular. A definição parece confirmar essa interpretação; é, porém, de mais camadas.

No caso particular, deve primeiro ser claro quais pessoas no mesmo momento da decisão administrativa são afetadas pela regulação. Nesse sentido, a decisão dirige-se para certas pessoas e refere-se a determinadas condições do caso. Essas condições podem no mesmo momento da decisão já ter tido lugar ou só estar no futuro. Como exemplo, nós indicamos a firma com uma instalação de refrigeração e com uma torre refrigerante que, no inverno, deve remover toda a superfície gelada, que lá se formou da precipitação atmosférica da nuvem de vapor da torre refrigerante, a uma estrada vizinha. Com isso, a medida administrativa dirige-se para uma determinada pessoa, a firma, mas as circunstâncias exatas na qual a firma deve atuar não são claramente caracterizadas. Porque a capa de gelo não é exatamente previsível. A instrução para a firma regula o caso individual e, ao mesmo tempo, abstratamente.

Ao contrário, há decisões administrativas que, quanto ao caso, são concretas, mas gerais quanto aos destinatários. Exemplo conhecido para isso são os sinais de circulação; um outro exemplo, a proibição de conduzir em casos de emergência, por exemplo, em grandes depreciações ao meio ambiente ou acidentes por avalanche nos Alpes. Tais atos são qualificados de disposições gerais. Embora em tais ninguém possa determinar exatamente quem está afetado por tais decisões, essas decisões não são regulamentos, senão devem ser atribuídas puramente ao executivo.

Tais disposições gerais são definidas como segue: elas dirigem-se a uma pluralidade de pessoas segundo condições exatas ou a serem determinadas segundo as circunstâncias. Disposição geral são também regulações que determinam a qualidade de um objeto como matéria do direito público ou o aproveitamento de um tal objeto pela comunidade.

Dediquemo-nos pormenorizadamente a essa explicação. Se uma prescrição administrativa se dirige a um número de pessoas que, ou está exatamente definido, ou que se deixa determinar das circunstâncias do caso, então trata-se, na maioria, de um evento passageiro, assim não facilmente repetível, que nessas disposições sempre deve ser pressuposto. Exemplos são uma demonstração em via pública, uma reunião em um restaurante, participantes de uma outra reunião. Todavia, a distinção de uma norma, em tais casos talvez também possível, não é sem dificuldades. Porque também normas referem-se a pluralidades de pessoas que se deixam determinar segundo pontos de vista gerais. Com isso, parece que disposições gerais, assim como normas, deixam-se definir segundo os mesmos conceitos. Para vencer essa dificuldade, alguns autores – como dito – adaptam a isto, que em disposições gerais o evento apresenta uma única condição que não se repete facilmente.

Em geral deixa-se dizer, em todo o caso, que no Direito alemão uma tendência vai no sentido de aceitar atos administrativos quando a delimitação entre disposição geral e norma prepara dificuldades.

Se se trata da qualidade jurídico-pública de um objeto no quadro da determinação de uma disposição geral, então existem duas possibilidades: primeiro, trata-se da qualidade do objeto, portanto, por exemplo, a classificação de uma estrada como estrada de pedestres. Uma reclassificação efetua que automobilistas sejam excluídos e somente a pedestres pertença o direito de aproveitamento.

Não muito distante deve ser assentada a segunda regra. Aqui, trata-se do aproveitamento de um objeto público pela comunidade. Aqui deve ser pensado nos aproveitamentos de uma piscina municipal, bibliotecas estatais, parques e sinais de circulação em estradas e praças. Nessa passagem, é digno de menção que no passado havia uma discussão ampla se sinais de circulação realmente são atos administrativos ou, então, normas. Momentaneamente fala-se, geralmente, de disposições gerais, portanto, de atos administrativos.

Uma decisão do Tribunal Administrativo Federal, que encontrou forte crítica, qualifica de disposição geral a proibição, em alguns distritos, de vender salada de endívia. A razão foi uma epidemia de tifo nas áreas afetadas. Diferente de como o tribunal viu isso, poderia ter-se partido facilmente, nesse caso, também de um regulamento.

Dediquemo-nos, no seguinte, ao outro requisito de um ato administrativo, aquele dos efeitos externos. A medida administrativa deve, nas autoridades administrativas, não só ser de significado interno, senão deve dirigir-se a um estranho. Nos efeitos puramente internos, trata-se de instruções para o âmbito interno da administração. Efeito interno, portanto, não efeito externo, têm instru-

ções no interior da estrutura administrativa quando o posto de serviço superior instrui o subordinado. Diferente é se o posto subordinado possui direitos próprios nos quais o posto superior intervém. Assim, por exemplo, municípios não estão subordinados completamente aos governos distritais. Se em sua auto-administração houver intervenção de postos superiores existe um efeito externo no sentido de um ato administrativo.

No direito dos funcionários, não cabe ao efeito externo significado radical porque funcionários sempre têm possibilidade de reclamação contra regulações promulgadas contra eles.

Dediquemo-nos, nessa conexão, à relação de poder especial. Antigamente falava-se da relação de poder especial, à qual funcionários, em sua relação de serviço, estão sujeitos, para justificar que eles devem seguir as ordenações de seus superiores. Hoje essa definibilidade tem uma outra tarefa. Ela serve a isto, para distinguir se uma instrução dirigida ao funcionário desenvolve efeito externo no sentido de um ato administrativo ou não. Dois outros conceitos nos ajudam nesse sentido. Relação básica e relação de trabalho. Tudo aquilo que se refere puramente ao cumprimento do dever de serviço pertence à relação de trabalho e não é ato administrativo, por falta de efeito externo. Isto é dado, por exemplo, em instruções do superior de tratar um caso em determinada forma, ordenações para a guarda dos autos, para a regulação dos autos, em instruções de empregar na escrita oficial um determinado estilo, fixações sobre horário de expediente do escritório – mas, também, em decisões para o direito material, por exemplo, para a interpretação de conceitos ou determinações legais em casos especiais ou na introdução de critérios de decisão no exercício de poder discricionário.

Ao contrário, pertence à relação básica de um funcionário sua nomeação, sua transferência, sua transposição. Nesses exemplos, como deve ser reconhecido, a relação básica tem tão essencial como conteúdo que ela não pode ser posta de lado pela ordem jurídica. Por isso, nela, instruções têm um efeito externo no sentido de atos administrativos.

A relação especial jurídica de uma relação de poder especial existe não só para funcionários. Outros exemplos são as universidades estatais, as escolas estatais, o exército, os tribunais, as prisões. Desse ambiente são mencionados alguns exemplos. Certificados escolares não valem como atos administrativos. Eles são somente auxílios de decisão na transferência do aluno. Com isso não existe regulação. Determinadas notas de um certificado de 2º grau, porém, poderiam ser atos administrativos. Pressuposto é que elas possibilitem a admissão de uma formação em universidades. Não são atos administrativos qualificações de trabalhos escritos universitários. Elas são somente graus intermediários no decurso dos estudos.

Até aqui nós persequimos, em grandes traços, a questão, se por causa da existência de pressupostos essenciais até existe um ato administrativo.

Deixa-se comprovar que, ao lado dos atos administrativos, há atos reais ou simples atuação administrativa, depois regulamentos e, também, contratos

administrativos nos quais os partidos se acordam ponto por ponto. Os elementos essenciais do ato administrativo são critérios de delimitação daquelas outras formas da atuação administrativa.

Na prática dos últimos anos deve ser reconhecida uma tendência para os contratos administrativos, que obtiveram um significado crescente. A razão é, certamente, que não há um direito de ser ouvido geral do cidadão antes da promulgação de um ato administrativo, e, em contratos, o cidadão pode a qualquer tempo intervir no procedimento administrativo.

A subdivisão da atuação administrativa em ato administrativo, simples atuação administrativa, normas e contratos é de significado para o procedimento administrativo. Para cada uma dessas possibilidades existem regras próprias. Contra um ato administrativo defende-se com uma reclamação. Isso também vale nos atos administrativos aparentes promulgados pela administração que não contém regulação.

Na simples atuação administrativa, é a ação de condenação à prestação, contra regulamentos, a ação de controle normativo.

BIBLIOGRAFIA INDICADA

- ACHTERBERG, N. Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Heidelberg: 1986.
 BADURA, P. u. a. Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl., Berlin: 1995.
 BULL, H. P. Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Heidelberg: 1997.
 GIEMULLA, L. u. a. Verwaltungsrecht (Basisbuch), 5. Aufl., Köln: 1994.
 MAURER, H. Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl., München: 1995.
 WOLFF, H. J. u. a. Juristische Kurzlehrbücher, Verwaltungsrecht I, 10. Aufl., München: 1997.

MARCADORES