ELEMENTOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO ALEMÃO - 2001

Quarta-Feira, 25 de Março de 2020 17:03:16

HARTMUT MAURER

ELEMENTOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO ALEMÃO

Tradução de
Dr. Luís Afonso Heck

Sergio Antonio Fabris Editor

.

LIVRO - TRADUÇÃO

AUTOR: Hartmut Maurer

TRADUTOR: Luís Afonso Heck

PUBLICADO EM: Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 168 páginas, 2001

DISPONÍVEL EM: https://fabriseditor.com.br/?secao=produto&idLivro=9917

Anexos: 9

HARTMUT MAURER
Prof. da Universidade de Konstanz, Alemanha

ELEMENTOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO ALEMÃO

Tradução de
Dr. Luís Afonso Heck

Sergio Antonio Fabris Editor
Porto Alegre, 2001

© 2000 Hartmut Maurer

© Tradução: Sergio Antonio Fabris

Diagramação e Arte:
PENA – Composição e Arte

Reservados todos os direitos de publicação, em língua portuguesa, total ou parcial, a
SERGIO ANTONIO FABRIS EDITOR
Rua Miguel Couto 745
CEP 90850-050
Caixa Postal 4001
CEP 90631-970
Fone: (51) 233-2681
Porto Alegre - RS

SUMÁRIO

Prefácio 11
Apresentação 13
Nota do Tradutor 17

As Fontes Jurídicas do Direito Administrativo 19
I. Visão de conjunto 21
II. As normas de direito escritas 23
1. Constituição 23
2. Leis 24
3. Regulamentos jurídicos 24
4. Estatutos 25
5. Ordem hierárquica 26
III. Direito federal e direito estadual 27
IV. Controle de normas 30
V. Prescrições administrativas 33
1. Conceito 33
2. Tipos de prescrições administrativas 34
3. Fundamento das prescrições administrativas 35
4. O efeito vinculativo das prescrições administrativas 36
VI. Direito costumeiro 38
VII. Direito comunitário europeu 39

Vinculação à Lei, Poder Discricionário e Conceitos Jurídicos Indeterminados 43
I. A vinculação à lei da administração 45

II. O poder discricionário da administração 48
1. Conceito e significado 48
2. Os pressupostos do poder discricionário 49
3. Limites do poder discricionário e vinculações do poder discricionário 50
4. Redução do poder discricionário 52
5. Direito à decisão discricionária sem vício 53
III. Conceitos jurídicos indeterminados e espaço de apreciação 54
1. O conceito jurídico indeterminado 54
2. A disputa sobre o espaço de apreciação 56
a) Decisões sobre exames 58
b) Apreciações jurídico-funcionalistas 60
c) Decisões sobre valoração de comissões especiais 60
d) Decisões sobre prognoses e valorizações de risco no direito econômico e ambiental 61
IV. Liberdade de configuração relativa ao plano 62
V. Reserva da lei 62

O Princípio da Proteção à confiança no Direito Público 65
I. Introdução 67
II. A retratação e revogação de atos administrativos beneficentes 69
1. Retratação 69
2. Revogação 73
III. A retroatividade de leis 75
1. O conceito de retroatividade 75
2. A proibição de retroatividade e seus limites 77
3. Os limites da retroatividade em sentido impróprio 79
IV. Modificação da jurisprudência judicial superior 80
V. Visão de conjunto sintética 84

O ato administrativo 87
I. Disposição sistemática 89
II. As características conceituais do ato administrativo 91
1. Regulação 91
2. Soberano 93
3. Regulação do caso particular 94
4. Autoridade 95
5. Efeito jurídico direto para fora 95
III. Significado e função do ato administrativo 97
1. Eficácia jurídica independente de vício 97
2. Título executivo 98
IV. Tipos de atos administrativos 98
1. Distinções gerais 98
a) Segundo o conteúdo da regulação 99
b) Segundo a duração da regulação 99
c) Segundo o efeito da regulação 99
2. Tipos especiais de atos administrativos 100
a) Autorização de controle 100
b) Concessão de exceção 101
c) Decisão preliminar e autorização parcial 102
V. A antijuridicidade do ato administrativo e suas conseqüências 103
1. Antijuridicidade 103
2. As conseqüências jurídicas da antijuridicidade 104
3. Impugnabilidade de atos administrativos 105
4. Vícios de procedimento 107
5. A nulidade do ato administrativo 108
6. Retratação do ato administrativo 109

O Contrato Administrativo 111
I. Introdução 113
II. Bases jurídicas 114
III. Conceito do contrato administrativo 115
IV. Delimitação do contrato administrativo 115
1. Delimitação diante do contrato jurídico-privado 116
2. Delimitação em relação ao ato administrativo 118
a) Atos administrativos carentes de cooperação 119
b) Atos administrativos com determinações acessórias 119
3. Delimitações em relação a acordos informais 120
V. Tipos de contratos administrativos 121
1. Contratos jurídico-coordenativos e jurídico-subordinativos 121
2. Contrato de transação e contrato sinalagmático 122
a) Contrato de transação 122

b) Contratos sinalagmáticos 122
VI. Os pressupostos jurídicos do contrato administrativo 123
1. Admissibilidade da forma contratual 123
2. Pressupostos de conformidade ao direito formais 125
a) Realização 125
b) Forma escrita 125
c) Aprovação 125
3. Conformidade ao direito material 126
VII. As conseqüências jurídicas da antijuridicidade de contratos administrativos 128
1. Decisões fundamentais legislativas 128
2. Fundamentos da nulidade 129
3. Conseqüências da nulidade 131
4. Desaparecimento da base do negócio 131
VIII. Avaliação 132
1. Aspectos históricos 132
2. O significado do contrato administrativo 133
3. Vantagens do contrato administrativo 134
4. Prejuízos do contrato administrativo 135
5. A ambivalência do contrato administrativo e do ato administrativo 136

Os Elementos do Direito Municipal 139
I. Os municípios no quadro da organização estatal total 141
II. Fundamentos jurídicos 142
III. A organização dos municípios 143
1. O conselho municipal 145
a) Composição 145
b) As tarefas do conselho municipal 146
c) A organização interior do conselho municipal 146
d) O procedimento do conselho municipal 147
2. O prefeito 148
a) Situação jurídica 148
b) A relação entre o prefeito e a câmara municipal 149
c) Outras competências do prefeito 150
d) Resumo 150
3. Os direitos de cooperação do cidadão 151
IV. As tarefas e formas de atuação do município 153
1. As tarefas 153
2. As formas de atuação dos municípios 155
a) Os estatutos 155
b) Atuação jurídico-privada 157
V. O sistema financeiro e orçamentário dos municípios 159
1. Receitas 159
2. Orçamento 162
VI. O controle do estado sobre os municípios 163
1. Pressupostos gerais 163
2. Os meios de controle particular 164
a) Direito de informação 164
b) Meios de controle repressivos 164
c) Meios de controle jurídico preventivos 165
VII. Tarefas estatalmente transferidas 166

PREFÁCIO

O volume contém seis conferências que o autor deu na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, na Universidade Luterana do Brasil, Canoas, e na Escola Superior de Advocacia Municipal no final de março e início de abril. Elas concernem a problemas fundamentais selecionados do direito administrativo alemão. A primeira conferência ocupa-se com as fontes jurídicas diferentes do direito administrativo e assenta, com isso, o fundamento normativo para as conferências seguintes. A segunda conferência afeta a vinculação à lei da administração e os espaços de atuação e decisão, nisso, conferidas a ela (espaço de poder discricionário e de apreciação). A terceira conferência cuida de um problema específico do direito alemão, ou seja, da proteção à confiança. Trata-se da questão, se e até que ponto a confiança do cidadão na existência jurídica de regulações e decisões estatais é protegida e, com isso, a retratação e a revogação de atos administrativos, a retratação de leis e a modificação da jurisprudência é limitada ou até excluída. Seguem duas conferências sobre o ato administrativo e o contrato administrativo, os instrumentos de atuação da administração típicos e mais importantes. Finalmente, é considerado, circunstanciadamente, o direito dos municípios que, como administração mais baixa e próxima do cidadão, forma o fundamento da organização administrativa total.

Com vista ao entrelaçamento político, econômico e social crescente entre os Estados e nações e às relações humanas disso resultantes, cabe à comparação de direito um significado que se torna sempre maior. Ela tem duas tarefas: por um lado, ela deve despertar e fomentar a compreensão para outras ordenações jurídicas e seus fundamentos. E, por outro, ela deve proporcionar, pela comparação com as regulações de ordenações jurídicas estrangeiras, uma contribuição para o esclarecimento e solução de questões jurídicas próprias. Nesse sentido, eu me alegro em ter recebido a oportunidade de falar, nas Universidades de Porto Alegre, sobre o direito administrativo alemão. Eu uno, com isso, simultaneamente, a esperança que, por meio das conferências, as relações recíprocas sejam aprofundadas.

Agradecimento especial é devido ao Professor Doutor Luís Afonso Heck. Ele planejou e organizou o evento, acompanhou-me de forma distinta e amável em Porto Alegre e, por fim, assumiu o trabalho da tradução das conferências, dadas por mim, em língua alemã. Eu estou convencido que ele levou a cabo a tradução de forma perfeita. Ademais, agradeço a senhora Professora Doutora Cláudia de Lima Marques e ao senhor Professor Doutor Almiro do Couto e Silva pelo acolhimento amigável e conversas estimulantes. Enfim, eu gostaria de agradecer aos participantes do evento das conferências pelo seu interesse e, sobretudo, pela discussão animada em complemento às conferências. Do monólogo resultou, com isso, um diálogo.

Konstanz, em agosto de 2000
Hartmut Maurer

APRESENTAÇÃO

Em março e abril deste ano, o Professor Hartmut Maurer, da,s Universidade,s de Konstanz, República Federal da Alemanha, realizou uma série de conferências em Porto Alegre sobre temas fundamentais do direito administrativo germânico, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, na Universidade Luterana do Brasil, Canoas e na Escola de Advocacia Municipal. São essas conferências que, traduzidas pelo Prof. Luis Afonso Heck e reunidas em livro sob o título de "*Elemento de Direito Administrativo Alemão*", tornam-se agora acessíveis ao público leitor de língua portuguesa.

O Prof. Hartmut Maurer é um dos mais eminentes administrativistas alemães contemporâneos. Seu "*Direito Administrativo Geral*" (*Allgemeines Verwaltungsrecht*), cuja primeira publicação é de 1980, está já na 12ª edição, tendo conquistado rapidamente lugar destacado na galeria dos grandes manuais de direito administrativo publicados na Alemanha no século XX. Não exagero ao dizer que o livro desfruta de prestígio similar ao que tiveram os manuais de Walter Jellinek, no período anterior à segunda grande guerra, e de Ernst Forsthoff, no após guerra, sob a vigência da Lei Fundamental de Bonn.

No Brasil, a influência do direito administrativo alemão tem se realizado, predominantemente, ou pelas publicações em francês, espanhol e italiano de obras de autores germânicos célebres (Otto

Mayer, Fleiner, Forsthoff e, recentemente, Maurer[1]), ou por via reflexa, pela literatura especializada italiana, portuguesa e espanhola, cujos bons autores são, em geral, também bons conhecedores do direito administrativo alemão.

Dos juristas brasileiros que escreveram, mais ou menos extensamente, sobre direito administrativo, creio que apenas Ruy Cirne Lima, Francisco Campos e Pontes de Miranda beberam diretamente nas fontes alemãs. Mesmo nos "*Princípios de Direito Administrativo*", de Ruy Cirne Lima, apesar da escolha feita pelo autor, de citar apenas juristas de expressão portuguesa, é possível perceber o legado do direito alemão, especialmente do manual de Walter Jellinek. Essa contribuição, aliás, em nada compromete ou sequer empalidece o brilho da obra de Cirne Lima, marcada sempre por concepções de forte originalidade, que a tornaram um dos poucos clássicos na bibliografia nacional de Direito Administrativo.

São trabalhos, porém, escritos em sua grande maioria, na primeira metade do século XX.

Nos últimos tempos, após a Constituição de 1988, ganhou grande relevo entre nós, até mesmo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o Direito Constitucional germânico, especialmente no que diz com o controle de constitucionalidade da ação ou omissão normativa do Estado.

Pois parece ter chegado a hora de também examinar mais atentamente outro ramo do Direito Público alemão, o Direito Administrativo, pelas perspectivas que pode abrir para a evolução do nosso próprio Direito Administrativo. A conveniência dessa análise explica-se por duas razões. A primeira decorre da relação que é cada vez mais íntima entre Direito Constitucional e Direito Administrativo (houve até quem dissesse, na Alemanha, que o "Direito Administrativo é o Direito Constitucional concretizado"), e da circunstância de se haver aprofundado e amadurecido, na ciência

[1] Com exceção de Otto Mayer que escreveu em francês o seu "Droit Administratif Allemand", também traduzido para o espanhol, as outras obras nos chegaram pelas traduções, sobretudo, para o espanhol ou o francês (Fleiner, Forsthoff, Maurer).

jurídica e na jurisprudência alemãs, com efeitos importantes sobre o Direito Administrativo, a reflexão sobre os direitos fundamentais, como dão testemunho, para ficar numa única referência, os estudos de Robert Alexy.

A segunda ordem de razões liga-se a avanços verificados na Alemanha com relação a alguns aspectos centrais do Direito Administrativo. Lembro, sem preocupar-me em organizar a matéria por sua ordem de importância, a uniformização e estabilização do conceito de ato administrativo, a respeito do qual não há consenso tanto na doutrina brasileira como francesa; a ampliação do controle judicial sobre os atos da administração pública, quer pelo afastamento do antigo conceito de "relações especiais de poder" quando confrontado com os direitos fundamentais, quer pela afirmação da distinção entre atos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e atos de exercício de poder discricionário; a manutenção de atos administrativos inválidos, por ilegais, ou da impossibilidade de revogação de atos administrativos válidos, tudo em nome do princípio da proteção à confiança; as novas formas da chamada "administração consensual" viabilizadas mediante a noção de contrato administrativo, que tem, no direito alemão, sentido e conteúdo completamente distintos do contrato administrativo no direito francês ou no direito brasileiro.

Muitas dessas questões, depois de trabalhadas pela doutrina e pela jurisprudência, tiveram suas respostas consolidadas, na Alemanha, com a vigência da Lei de Processo Administrativo, de 25 de maio de 1976, modificada em 21 de setembro de 1998.

Delas trata o Prof. Hartmut Maurer com clareza, rigor científico e admirável espírito de síntese nas lições contidas no livro agora editado.

Particularmente úteis para o leitor brasileiro parece-me a atual posição do direito alemão a propósito da discricionariedade e dos conceitos jurídicos indeterminados, notadamente no que concerne ao controle judicial. Tal discrime é ignorado pelos nossos tribunais, que insistem em tomar como atos de exercício de poder discricionário o que, na verdade, são atos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados. Com isso, fica consideravelmente reduzido o número

de atos administrativos suscetíveis de serem examinados, em todos os seus aspectos, pelo Poder Judiciário, diminuindo, conseqüentemente, a efetiva proteção dos indivíduos face à Administração Pública.

No que concerne ao princípio da segurança jurídica ou da proteção à confiança, tão timidamente acolhido pela jurisprudência brasileira, em contraste com as manifestações da doutrina, a Lei do Processo Administrativo da União (Lei n.9.784, de 29 de janeiro de 1999, arts. 2º e 54) deu um passo importante para o fortalecimento de sua aplicação, muito embora aquele princípio tenha sede constitucional, como expressão que é, ao lado do princípio da legalidade, do próprio princípio do Estado de Direito. Será proveitoso, entretanto, cotejar a solução que ao problema foi dada, no plano federal, pelo direito brasileiro, com a acolhida pelo direito alemão, na Lei do Processo Administrativo daquele país.

A par desses temas relevantíssimos do Direito Administrativo moderno, o livro do Prof. Hartmut Maurer versa ainda outros tópicos de interesse para os que vêem no direito comparado instrumento poderoso para o aperfeiçoamento das instituições nacionais, como o pertinente às linhas gerais da organização administrativa dos municípios.

Não será necessário ressaltar, por fim, o papel que tem desempenhado o Prof. Luis Afonso Heck na divulgação de obras de primeira linha do Direito Público alemão no Brasil. Foi ele o tradutor dos "Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha", de Konrad Hesse, assim como de conferências e artigos do Prof. Robert Alexy. E é ele que assina também, como já salientamos, a tradução dos "Elementos de Direito Administrativo Alemão", do Prof. Hartmut Maurer. Autor e tradutor estão de parabéns pelo esforço feito no sentido de alargar, no público de língua portuguesa, os horizontes do conhecimento jurídico no campo do Direito Administrativo.

Porto Alegre, setembro, 2.000.

Almiro do Couto e Silva

NOTA DO TRADUTOR

Hartmut Maurer nasceu em seis de março de 1931 em Stuttgart. O estudo da ciência do direito ocorreu nas Universidades de Tübingen e Göttingen. Realizou o primeiro exame jurídico estatal em 1954, em Tübingen, em 1959, o segundo exame jurídico estatal, em Stuttgart. Fez o doutoramento na Universidade de Göttingen com um trabalho de direito canônico e direito público canônico junto ao prof. Dr. Werner Weber. Foi assistente científico na Universidade de Tübingen junto ao prof. Dr. Günter Dürig. Sua habilitação teve lugar na Universidade de Tübingen com um trabalho sobre as conseqüências jurídicas da declaração de nulidade de leis. Em seguida, representou cátedras nas Universidades em Saarbrücken, Berlim (Universidade Livre), Lausanne e Göttingen. Em 1969, tornou-se professor ordinário para direito público na Universidade de Marburg e em 1978 recebeu, como professor ordinário, uma cátedra para direito do estado, administrativo e canônico na Universidade de Konstanz. Em 1984, obteve o chamamento a uma cátedra para direito público na Universidade de Köln, que recusou. Em 1990/91, assumiu organizações de ensino na faculdade de direito em Leipzig para o apoio do ensino local após a reunificação. De 1991 a 1996 atuou como professor visitante permanente (professeur invité) para direito do estado alemão na Universidade de Lausanne (Suíça). E, em primeiro de abril de 1999, foi jubilado.

Entre os seus inúmeros trabalhos deve ser mencionado o manual "Allgemeines Verwaltungsrecht" (direito administrativo geral), publicado em 1980. A 13. edição, trabalhada, já se encontra nas mãos do editor. O fundamento para isso está em que esse livro, nos limites das estimativas, pode ser situado em uma escala evolutiva do direito administrativo alemão. Ela tem o seu início com Otto Mayer e sua obra "Deutsches Verwaltungsrecht" (direito administrativo alemão), publicada em dois volumes (1895/1896), 3. edição em 1924. Segue com Ernst Forsthoff e sua obra "Lehrbuch des Verwaltungsrecht" (manual de direito administrativo), volume 1, publicada em 1950, 10. edição em 1973. E, atualmente, ela se encontra no manual, acima citado, de Hartmut Maurer que foi traduzido, parcialmente, também para o francês, por Michel Fromont e será, futuramente, traduzido, na íntegra, para o português.

As palestras, agora publicadas, foram proferidas na UFRGS, ULBRA, Canoas, e Escola Superior de Advocacia Municipal. Embora digam respeito, primeiramente, às questões fundamentais do direito administrativo alemão, elas também têm conexões, em vários pontos, com o direito administrativo brasileiro. Nesse sentido elas também foram pensadas e organizadas, porque no mundo atual a comparação de direito é útil tanto na compreensão como na solução adequada, que depende daquela, dos problemas que se apresentam no âmbito do direito nacional.

Ao Prof. Dr. Hartmut Maurer é devido um especial agradecimento por ter aceito não só o convite para a vinda ao Brasil, mas também por ter elaborado, na perspectiva acima mencionada, as seis palestras, doravante oferecidas ao público.

Porto Alegre, inverno de 2000
Dr. Luís Afonso Heck
(Prof. da UFRGS e Prof. e Coordenador
de Pesquisa na ULBRA, Canoas)

AUTORES VINCULADOS

MARCADORES

Direito administrativo |