

CONHECER PARA RECONHECER

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 Discrecionário 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 benéficos....	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 consequências..	103
1. Antijuridicidade	103
2. As consequências 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 consequências jurídicas da antijuridicidade de contratos administrativos.....	128
1. Decisões fundamentais legislativas.....	128
2. Fundamentos da nulidade.....	129
3. Consequências 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 Universidade 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. Luís 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, Maurer¹), 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 discrimine 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)

MARCADORES