

DIREITO COMPARADO COMO FONTE DE TRANSFORMAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

Maria das Graças Correia dos Passos¹

Eliete Francisca da Silva Farias²

Ricardo Sérvulo Fonsêca da Costa³

RESUMO: A motivação do ato administrativo e o desenvolvimento dos principais institutos jurídico-administrativos estrangeiros, como instrumento da garantia e proteção dos direitos fundamentais no Estado de Direito e no Direito comparado, percorre vários institutos jurídicos internacionais que vislumbram a sua análise pelo Administrador Público. Nesse contexto, o presente estudo tem como objetivo principal verificar o panorama do direito estrangeiro no direito positivo e a contribuição do transplante jurídico no aperfeiçoamento dos institutos jurídicos no direito brasileiro. A metodologia utilizada se deu de forma expositiva, fundamentada em referências doutrinárias especializadas, bibliografias, declarações e legislação, empregando o método hipotético dedutivo de análise, com abordagem crítica. Os resultados obtidos demonstram que o Direito comparado tem um papel determinante como fonte de transformação do ato administrativo. Concluindo que, a influência do Direito comparado na construção, disseminação e efetivação da motivação do Ato Administrativo no Direito estrangeiro e brasileiro.

367

Palavras-chave: Direito Estrangeiro. Estado Democrático. Globalização.

ABSTRACT: The motivation for administrative acts and the development of the main foreign legal-administrative institutions, as instruments for guaranteeing and protecting fundamental rights under the rule of law and comparative law, encompass several international legal institutions that require analysis by public administrators. In this context, this study's main objective is to examine the panorama of foreign law in positive law and the contribution of legal transplantation to the improvement of legal institutions in Brazilian law. The methodology used was expository, based on specialized doctrinal references, bibliographies, declarations, and legislation, employing the hypothetical-deductive method of analysis with a critical approach. The results demonstrate that comparative law plays a decisive role in transforming administrative acts. The study concludes on the influence of comparative law on the construction, dissemination, and implementation of the motivation for administrative acts in both foreign and Brazilian law.

Keywords: Foreign Law. Democratic State. Globalization. Globalization.

¹ Mestranda em Ciências Jurídicas na Veni Creator Christian University.

² Doutora em Ciências da Educação. Professora da Veni Creator Christian University.

³ Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais. Professor Convidado da Veni Creator Christian University.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar os impactos e desafios que o Direito Constitucional Comparado vem enfrentando em face da crescente globalização jurídica que propõe novos debates jurídicos aos operadores do direito, exigindo um constante aprimoramento e construção de novas ferramentas jurídicas, onde a ciência comparativa se traduz em um importante aliado fomentando o intercâmbio jurídico entre os países.

O presente trabalho tem como objetivo geral: analisar o direito comparado no panorama da motivação do ato administrativo e o seu desenvolvimento como ciência do direito. O objetivo específico deste artigo foi verificar o panorama do direito estrangeiro no direito positivo e a contribuição do transplante jurídico no aperfeiçoamento dos institutos jurídicos no direito brasileiro. Do ponto de vista teórico, será realizada uma abordagem da influência do direito comparado na construção, disseminação e efetivação da motivação do Ato Administrativo no Direito estrangeiro.

A justificativa da pesquisa está diretamente ligada na atuação dos agentes administrativos. Nesta senda, merece destaque os países que regulamentaram os seus procedimentos administrativos. E sob o enfoque, faz-se o seguinte questionamento: Qual a importância de um ordenamento jurídico prevendo tais procedimentos administrativos?

Ademais a crescente evolução mostra-se presente no trabalho objetivando entender a viabilidade e necessidade da motivação dos atos administrativos.

A metodologia desenvolvida neste trabalho foi expositivo, fundamentado em referências doutrinárias especializada, bibliografias, declarações e legislação, empregando o método hipotético dedutivo de análise, com abordagem crítica.

O artigo foi dividido em uma seção que apresenta, de forma resumida, os procedimentos metodológicos utilizados no trabalho, explorando as legislações estrangeiras, com um recorte das principais legislações que retratam e abrangem o tema no direito comparado.

METODOLOGIA

A presente pesquisa se deu de forma expositiva, fundamentada em referências doutrinárias especializadas, bibliografias, declarações e legislação, empregando o método hipotético dedutivo de análise, com abordagem crítica. Os descriptores utilizados para a busca foram: Direito Estrangeiro, Estado Democrático, Globalização e legislação. Onde foram

incluídos todo o material indexado escritos em português, que reportavam dados sobre direito comparado como fonte de transformação do ato administrativo.

Após a leitura, foi feita a seleção daqueles que preenchiam os critérios de inclusão e que se tratava de conceitos com relevância para o desenvolvimento do trabalho. Após à apreciação de todo material selecionado para a pesquisa, foi realizado um resumo contendo as informações mais relevantes sobre os seguintes itens: introdução, objetivo, resultados e conclusão, onde procurou-se verificar os impactos e desafios que o Direito Constitucional Comparado e seu enfrentamento em face a crescente globalização jurídica que tem levado a novos debates jurídicos aos operadores do direito. A organização e a análise do material serviram como base para que fosse realizada, nesta revisão de literatura, uma discussão fundamentada, com embasamento teórico referente ao assunto.

RESULTADO E DISCUSSÃO

Visão geral do direito estrangeiro

Em todo o Ocidente, após a II Guerra Mundial, se observou no direito estrangeiro um forte movimento em prol da previsão expressa do dever de motivação dos atos administrativos.

O levantamento dessa inclinação pode ser consultado na exposição do Conselho Europeu inaugural, de 1975, sobre “A Proteção do Indivíduo perante os Atos da Administração” (CONSEIL DE L’EUROPE, 1975).

Foi nesse registro que o dever de motivar as decisões administrativas passou a vigorar, em termos gerais, em Chipre, Holanda, Suíça, Suécia e Turquia. E também, nessa vertente, na República Federal da Alemanha, apesar da sua Lei de Processo Administrativo se encontrasse na fase de elaboração.

Já na Áustria, Espanha e Noruega, classificados no relatório como Estados onde o dever de motivação é previsto com referência a diversas espécies de atos administrativos legalmente arrolados. Enquanto que nos Estados, como o Reino Unido e a Finlândia, não existem previsão genérica ou enumerativa do dever de motivar, contudo se verificam disposições legais específicas prescrevendo a motivação para certos atos, ou na jurisprudência se deduz do sistema normativo o dever da sua fundamentação, especialmente nas decisões desfavoráveis aos administrados.

No bloco socialista, os países também aderiram ao dever de fundamentação das

decisões administrativas.

Na Iugoslávia, cujo Código de Procedimento Administrativo prescrevia em seu art. 209, a obrigação de se motivarem as decisões. Igualmente na Hungria, onde a lei de procedimento administrativo, de 04/07/1957, previa em seus arts. 38 e 39, o dever de motivar, com a exposição sumária dos fatos e da indicação das regras do direito em que se baseou o administrador ao praticar o ato, excetuados, conforme interpretação predominante, os atos regulamentares e as decisões internas da Administração (“instruções”) (MORTONYL. 1970, p. 275).

Na Polônia, em seu Código de Procedimento Administrativo, Lei de 14/06/1960, estabeleceu o dever de motivação com relação aos atos que deneguem pretensões ou decidam sobre interesses opostos de litigantes na via administrativa, que imponham obrigações ou decidam os recursos hierárquicos.

A valorização do dever de motivação, nos Estados do bloco socialista, conforme observado por Andrade, ligados à opção ideológica daqueles regimes, “vêem na fundamentação um modo de esclarecimento e um meio de ação pedagógica dos órgãos estaduais sobre os cidadãos (ANDRADE, 1991, p. 82).

Nos países do sistema de *common law*, inexiste nas decisões judiciais, a obrigação genérica do dever de motivação do ato administrativo. 370

Com relação à Grã-Bretanha, existem algumas leis obrigando sua fundamentação, como no *Tribunals and Inquiries Act*, de 1967, que determina que as decisões prolatadas pelos tribunais administrativos ou pelos ministros, devem ser motivadas após a instrução ou nos casos em que o interessado poderia exigir o inquérito (CINTRA. 1979, p.119.)

Nos Estados Unidos, o *Federal Administrative Procedure Act* exige motivar em todos os atos precedidos de procedimentos administrativos formais, com a jurisprudência indicando tendência à ampliação dos casos de sua exigibilidade. Referindo-se a *findings*, que significa motivação quanto aos fatos, e a *reasons*, motivação quanto ao direito, à orientação política do órgão e à sua atuação discricionária (SCHWARZ. 1976, p. 417; TAWIL; MONTI, 1998, p. 22).

Nas décadas de sessenta e setenta, observou-se o marco da tendência da ampliação e consolidação legislativa do dever de motivar os atos administrativos na Suíça, Suécia, Noruega, Alemanha, Portugal e França. A Lei sobre a Administração, na Noruega, de 10/02/1967, em seu art. 24, previu o dever de motivar nas decisões individuais de recursos ou

litígios entre as partes, ou modificadoras de decisões precedentes em detrimento do administrado. Além, do direito do interessado de requerer a comunicação dos seus fundamentos, no prazo de interposição de recurso contra a decisão administrativa.

A Lei federal sobre o procedimento administrativo, na Suíça, de 20/12/1968, em seu art. 35, dispôs: “Mesmo se a autoridade as notifica por carta, as decisões escritas são motivadas...”. E ainda, no mesmo dispositivo estabelece que a autoridade pode se abster de motivar a decisão, se ela reconhece inteiramente o direito reivindicado pelo administrado no procedimento administrativo e não é requerida a motivação pelos interessados.

Na Alemanha Ocidental, a Lei Federal de Procedimento Administrativo, de 1976, com vigência desde 01/01/1977, ainda é válida para a Alemanha unificada. Conforme previsto:

- 1) Um ato administrativo escrito ou confirmado por escrito deve ser motivado por escrito. A motivação deve conter os fatos e fundamentos de direito relevantes que conduziram a autoridade a adotar a decisão. A motivação das decisões discricionárias deve indicar também os critérios em que se fundou a autoridade ao atuar discricionariamente.
- 2) Não é necessária a motivação:
 1. quando a autoridade defere um requerimento ou acata uma declaração e o ato administrativo não interfere nos direitos de terceiro;
 2. quando o destinatário ou afetado pelo ato administrativo conhece a convicção da autoridade com relação aos fatos e situação jurídica ou esta lhe é cognoscível sem dificuldade, mesmo sem motivação escrita;
 3. quando a autoridade emite grande quantidade de atos administrativos homogêneos ou atos administrativos com ajuda de engenhos automáticos e as circunstâncias específicas do caso concreto não requerem motivação;
 4. quando assim dispõe uma norma jurídica;
 5. quando é dado ao conhecimento público uma disposição geral não regulamentar.

A expressão “disposição geral não regulamentar”, com similar encontrável na tradução espanhola, corresponde à espécie de ato administrativo, conhecida no direito alemão como *Allgemeinverfügung*, definida no §35 da Lei Federal de procedimento Administrativo como “ato administrativo, que se dirige a um círculo de pessoas determinadas ou determináveis segundo características gerais, ou que incide sobre as características de direito público de um bem ou sua utilização pela coletividade”. Exemplo dessa espécie de ato são a obstrução de rua em virtude de obras públicas e a sinalização do trânsito por agente policial ou semáforo. Observam Köbler (1991) e Kopp (1986), na esteira da jurisprudência alemã, que a *Allgemeinverfügung* se distingue dos atos regulamentares (*Verordnungen*) em que estes são gerais e abstratos, visando a efeitos no futuro, enquanto aqueles objetivam a uma situação concreta, que enseja, em dado momento, a delimitação das pessoas por ele atingidas.

Já o vigente Código de Procedimento Administrativo em Portugal, conforme o Decreto-lei nº 442, de 15/11/1991, com as modificações da revisão pelo Decreto-lei nº 06, de

31/01/1996, que regula o dever de fundamentação dos atos administrativos, em termos semelhantes ao antigo Decreto-lei nº 256-A, de 17/06/1977. O novo Código prescreve:

Art. 124º Dever de fundamentação

1 – Para além dos casos em que a lei especialmente o exija, devem ser fundamentados os atos administrativos que, total ou parcialmente:

- a) neguem, extingam, restrinjam ou afetem por qualquer modo direitos ou interesses legalmente protegidos, ou imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
- b) decidam reclamação ou recurso;
- c) decidam em contrário de pretensão ou oposição formulada por interessado, ou de parecer, informação ou proposta oficial;
- d) decidam de modo diferente da prática habitualmente seguida na resolução de casos semelhantes, ou na interpretação e aplicação dos mesmos princípios ou preceitos legais;
- e) impliquem na revogação, modificação ou suspensão de ato administrativo anterior.

1 - Salvo disposição da lei em contrário, não carecem de serem fundamentados os atos de homologação de deliberações tomadas por júris, bem como as ordens dadas pelos superiores hierárquicos aos seus subordinados em matéria de serviço e com a forma legal.

Art. 125º Requisitos da fundamentação

- 1- A fundamentação deve ser expressa, através de sucinta exposição dos fundamentos de fato e de direito da decisão, podendo consistir em mera declaração de concordância com os fundamentos de anteriores pareceres, informações ou propostas, que consistirão neste caso parte integrante do respectivo ato.
- 2- Equivale à falta de fundamentação a adoção de fundamentos que, por obscuridade, contradição ou insuficiência, não esclareçam concretamente a motivação do ato.
- 3- Na resolução de assuntos da mesma natureza, pode utilizar-se qualquer meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que tal não envolva diminuição das garantias dos interessados.

Art. 126º Fundamentação de atos orais

- 1- A fundamentação dos atos orais abrangidos pelo nº 1, do artigo 124º que não constem de ata deve, a requerimento dos interessados, e para efeitos de impugnação, ser reduzida a escrito e comunicada integralmente àqueles, no prazo de 10 dias, através da expedição de ofício sob registro do correio ou de entrega de notificação pessoal, a cumprir no mesmo prazo.
- 2- O não exercício, pelos interessados, da faculdade conferida pelo número anterior não prejudica os efeitos da eventual falta de fundamentação do ato.

Na França, a Lei de 11/07/1979 estabeleceu no art. 1º:

As pessoas físicas ou morais têm o direito de serem informadas de imediato dos motivos das decisões administrativas individuais desfavoráveis que lhes concernem.

Para tanto devem ser motivadas as decisões que:

- restringem o exercício de liberdades públicas ou, de maneira geral, constituem uma medida de polícia;

Infligem uma sanção:

- subordinam a outorga de uma autorização a condições restritivas ou impositivas de sujeições;
- retiram ou abrigam uma decisão criadora de direitos;
- opõem uma prescrição, uma preclusão ou uma decadência;
- negam uma vantagem cuja atribuição constitui um direito para as pessoas que preenchem as condições legais para obtê-las.

Na Suécia, a Lei de Procedimento Administrativo, de 1971, determinou a motivação obrigatória, com algumas hipóteses nas quais poderia ser omitida. A atual Lei, de 1986, em vigor desde 01/01/1987, prescreve a mesma obrigação do art. 2º, com um rol de exceções quase

idêntico ao da lei anterior. Vejamos:

- a) Se a decisão não é adversa a qualquer das partes, ou se por outra razão é obviamente desnecessário indicar as razões;
- b) se a decisão refere-se à designação a um emprego público, expedição de diplomas e graus, concessão de subvenções para pesquisa ou questões semelhantes;
- c) se a segurança nacional, a proteção da vida privada ou de determinados interesses econômicos ou outras razões semelhantes o exigem;
- d) se a urgência da decisão é tal que não haja tempo para elaboração de justificativas;
- e) se a matéria disser respeito à emissão de atos regulamentares.

A lei de Procedimento Administrativo, na Espanha, de 17/07/1958 já impunha a motivação quanto aos atos que limitassem direitos subjetivos, resolvessem recursos, se apartassem de critério seguido em atos precedentes ou de manifestações de órgãos consultivos, suspendessem atos impugnados em via administrativa, além daqueles cuja fundamentação fosse imposta especificamente por lei. Na vigência da Lei nº 30, de 26/11/1992, com normas genéricas sobre o procedimento administrativo, o art. 54 dispõe:

Art. 54. Motivação:

1. Serão motivados, com sucinta referência aos fatos e fundamentos de direito:
 - a) os atos que limitem direitos subjetivos ou interesses legítimos;
 - b) os que envolvam procedimentos de revisão de ofício de disposições ou atos administrativos, recursos administrativos, reclamações prévias à via judicial e aos procedimentos de arbitragem;
 - c) os que se separem do critério seguido de atuações precedentes ou da orientação de órgãos consultivos;
 - d) os acordos de suspensão de atos, qualquer que seja o motivo desta, assim como a adoção de medidas acautelatórias previstas nos arts. 72 e 136 desta Lei.

Na Itália, no direito continental europeu, permaneceu até recentemente como um dos raros países onde não se encontrava previsão legal expressa sobre o dever de motivação. Mais uma vez, afirmou Andrade: “ali se enveredou por outro sistema, que dá preferência aos aspectos substanciais da fundamentação”, contudo registrando ainda que, a existência de estatutos regionais prescrevendo o dever genérico da motivação. (1991, p.86.)

No entanto, a jurisprudência italiana assevera o entendimento de que alguns atos, por sua natureza, devam ser motivados, especificamente àqueles restritivos de direito e aos praticados com discricionariedade.

A situação do direito italiano foi substancialmente alterado com a emissão da Lei nº 241, de 07/08/1990, que estabelece normas sobre o procedimento administrativo e de direito de acesso a documentos administrativos. Em seu art. 3º, ainda determina que, todo procedimento administrativo, incluindo aqueles que dizem respeito à organização administrativa, a realização de concursos públicos e de gestão de pessoal, devem ser motivados, indicando-se “os pressupostos de fato e as razões jurídicas”, que determinam a decisão, restando expressamente excepcionados do dever de motivação os “atos normativos e aqueles de conteúdo geral”.

Na Argentina, a Lei nº 19.549/72, em seu art. 7º, alínea “e”, estabelece que, o ato

administrativo deverá ser motivado, expressando-se de forma concreta as razões que induzem a emitir o ato e consignando-se também os fatos e antecedentes que lhe serviram de causa, como direito aplicável (TAWIL; MONTI, 1998).

Já no Uruguai, o antigo regulamento geral de Procedimento Administrativo, conforme o Decreto-lei nº 640, de 08/08/1973, dispunha em seu art. 104, incs. 2 e 3, sobre a obrigatoriedade de exposição dos “fatos que constituem os antecedentes do ato administrativo de que trata” e um ou vários “considerandos, nos quais se desenvolvem os fundamentos de direito e doutrina aplicáveis”. Nos dias atuais vigora o Decreto-lei nº 500, de 27/09/1991, em cujo art. 2º, inc. I, impõe à Administração o dever de fundamentar o ato administrativo proferido, exigindo-se que a motivação contenha menção direta e concreta aos fatos e razões que originaram o ato, rejeitando-se as fórmulas simplesmente gerais de fundamentação (arts. 123 e 124). (CARJAVILLE PELUFO, 2000, p. 64.)

A Constituição Uruguaia prevê que a normatização do Procedimento Administrativo é matéria objeto tanto da Lei, quanto de Regulamento, além de o próprio texto Constitucional trazer regras específicas sobre a matéria. A fixação básica das limitações de direitos e imposição de deveres são reservas de lei, o que levou ao entendimento de que a maior parte da regulação do procedimento poderia, como efetivamente ocorreu, ser feita mediante decreto. Carjaville Peluffo observa que “o legislador foi censuradamente econômico sobre a matéria”, limitando-se a expedir leis atinentes a prazos e efeitos decorrentes de seu escoamento, bem como, recentemente, a Lei nº 16.736, de 05/01/1996, sobre trâmites procedimentais por meio de informática (CARJAVILLE PELUFO, 2000, p. 53).

374

CONCLUSÃO

Este artigo, não procurou nem de longe esgotar o tema, mas, delinear sobre o tema e extrair um balanço.

Nota-se de plano que, a tendência crescente ao reconhecimento da oportunidade de se prever a motivação dos atos administrativos, como regra geral mediante leis que enumeram os atos, que por sua natureza, devam ser fundamentados.

No caso da opção por esta última alternativa apresenta problemas, pois as fórmulas como a de prever a motivação em casos de restrição de direitos, ou de dispensá-la quando o ato não prejudica direitos de terceiros, introduzem uma série de interrogações e dão ensejo a discussões que facilmente poderiam ser afastadas pela enunciação do dever geral de motivar.

De outro ângulo, buscar o fundamento da motivação dos atos administrativos em suas características específicas significa esquecer o regime jurídico-administrativo no Estado de Direito, onde estão as verdadeiras raízes desse instrumento de garantia dos administrados.

Numa visão parcial do tema demonstra que, ainda subsistem posturas como que outrora dominaram a doutrina e a legislação sobre a fundamentação da sentença. Ou em outras palavras, afirmar que as posições que reduzem o papel do instituto como mero expediente útil ao controle interno dos atos administrativos ou simples forma de resposta aos cidadãos que provocam pronunciamentos do Poder Público.

Dessas posições que divorciam o sentido democratizante, que se verifica como uma tendência cada vez mais forte no mundo contemporâneo, no qual o Brasil está inserido.

Daí, a importância da afirmação de um princípio que obrigue o administrador a motivar seus atos encontra apoio também em fóruns internacionais.

O Congresso de Varsóvia do Instituto internacional de Ciências Administrativas, em 1935 aconselhou a motivação, ainda que sumária, de todos os atos administrativos que afetem os particulares (GARCIA OVIEDO; MARTINEZ USEROS, 1968. p. 87.)

Em 1959, no Seminário Nas Nações Unidas sobre recursos contra o exercício ilegal ou abusivo do Poder Administrativo, realizado em Buenos Aires, concluiu-se por unanimidade que: " ... as decisões administrativas devem ser fundadas na Lei, apoiadas em razões de fato e de direito e o suficientemente motivadas para que não reste dúvida em relação à sua natureza, alcance e fundamentação" (Apud BREWER CARIAS. 1964, p. 125).

375

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1991.

BREWER CARIAS, Allan-Rondolph. *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*. Caracas: Publicaciones de la facultad de derecho – Universidad Central de Venezuela, Colección Tesis de Doctorado, 1964, v. IV.

CARJAVILLE PELUFFO, Juan Pablo. *O procedimento administrativo no Uruguai*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ANDRÉS MUNÓZ, Guillermo (coord.). *As leis de processo administrativo (Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98)*. São Paulo: Malheiros, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

CONSEIL DE L'EUROPE. *La protection de l'individu au regard des actes de l'administration*. Strasbourg, 1975.

GARCIA OVIEDO, Carlos; MARTINEZ USEROS, Enrique. *Derecho administrativo*, II. 9. Edición, Madrid: E.I.S.A., 1968.

KÖBLER, Gerhard. *Juristisches Wörterbuch: für studium und ausbildung*. 5. Aufl. München: Vahlen, 1991.

KOPP, Ferdinand O. *Verwaltungs verfahrensgsetz*. 4. Wesentl. Überarb; Aufl. München: Beck, 1986.

LEI FEDERAL DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DA ALEMANHA OCIDENTAL, publicada em tradução espanhola na *Revista de Administración Pública*, Madrid, v. 83, p. 477-537, may/ago. 1977.

MORTONYL, János. *La motivation des actes administratifs*. In: *Droit Hongrois-Droit Comparé*. Budapest: Akadémiai Kiadó, 1970.

TAWIL, Guido Santiago; MERCEDES MONTI, Laura. *La Motivación de lacto administrativo*, Buenos Aires: Depalma, 1998.

SCHWARZ, Bernard. *Administrative Law*. Boston-Toronto: Little, Brown and Campany, 1976.