

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Rodrigo Bordalo Rodrigues

Autoexecutoriedade do Ato Administrativo

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2009

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Rodrigo Bordalo Rodrigues

Autoexecutoriedade do Ato Administrativo

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito do Estado, na subárea de Direito Administrativo, sob a orientação do Professor Doutor Silvio Luís Ferreira da Rocha.

SÃO PAULO

2009

Banca Examinadora

*Aos meus pais, Dyrce e Solano.
Aos meus irmãos, Karina e Marcelo.*

À pequena Olívia, querida afilhada.

*Ao amor da minha vida,
Alyne.*

AGRADECIMENTOS

Este trabalho contou com a colaboração, direta ou indireta, de algumas pessoas, a quem não poderia deixar de prestar os presentes agradecimentos.

Inicialmente, sou grato a todo o corpo docente da PUC-SP com quem tive oportunidade de conviver e aprender, notadamente ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Inigualável a sua maneira contagiante, apaixonada e ética de ensinar Direito Administrativo.

Agradeço aos amigos Flávio Roman, Gabriel Ciríaco e Rogério Morina, que tornaram este período tão gratificante. Igualmente em relação aos demais colegas do mestrado.

Deixo o meu agradecimento à Procuradoria do Município de São Paulo, instituição que me orgulho de integrar. Agradeço aos funcionários e aos colegas Procuradores do Departamento Judicial, em especial à amiga Flávia Passucci. Igualmente sou grato à Maria da Paz, zelosa servidora municipal.

Por fim, agradeço especialmente ao Professor Doutor Sílvio Luís Ferreira da Rocha, que me propiciou, a bem da verdade, uma dupla satisfação. A primeira, a de ter sido submetido à sua orientação. A segunda, referente ao período em que fui seu aluno na pós-graduação. Nesse período, não pude deixar de admirar seu conhecimento jurídico notável, assim também a sua vocação para a docência. Muito obrigado.

RESUMO

RODRIGUES, Rodrigo Bordalo. **Autoexecutoriedade do ato administrativo**. São Paulo, 2009. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

A presente dissertação toma como objeto de análise a autoexecutoriedade, atributo pelo qual o ato administrativo pode ser posto em execução pela própria Administração, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário. O objetivo será a investigação de seus principais aspectos jurídicos, notadamente os fundamentos e os limites de tal prerrogativa. Trata-se de uma abordagem fundamental, na medida em que o tema estudado eleva a grau máximo a dialética que embasa o regime jurídico-administrativo, qual seja, a contraposição entre a autoridade administrativa e a liberdade individual. Muito embora os autores brasileiros se debruçem de maneira maciça sobre a autoexecutoriedade, acatando a legitimidade do atributo, verifica-se a carência de um exame mais detido, tal qual observado no direito estrangeiro. Por conta disto, não podem ser olvidadas as lições alienígenas, a partir das quais se verifica uma contraposição entre os sistemas anglo-saxão e romano-germânico, que encaram de maneira diversa a execução via administrativa. A averiguação de seu fundamento constitucional constitui premissa necessária à correta compreensão da autoexecutoriedade, assim também se presta a fixar o real papel da legalidade em relação ao exercício da prerrogativa. O estabelecimento destes pressupostos permite compreender as hipóteses em que é cabível a execução administrativa, bem como a sua própria natureza jurídica. Inserida que está no regime jurídico público, no bojo do qual a indisponibilidade assume destaque, inolvidável que limites se impõem ao exercício da autoexecutoriedade, principalmente aquelas sujeições relacionadas aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, assim também da proporcionalidade. A conjugação de tais aspectos permite verificar que o atributo em comento não detém a amplitude que já lhe fora conferida. Se é certo que a função administrativa não pode dele prescindir, não menos inequívoco que o seu exercício submete-se a uma série de requisitos.

Palavras-chave: autoexecutoriedade, fundamentos, regime jurídico, limites.

ABSTRACT

RODRIGUES, Rodrigo Bordalo. **Self-enforcement of administrative acts**. São Paulo, 2009. Master's Dissertation – Law School of the Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Pontifical Catholic University of São Paulo).

This dissertation is a study on automatic, self-enforcement as an attribute of the administration acts and a means for the government to enforce its acts, dispensing with jurisdictional provision by the Judiciary. This paper investigates the principal legal aspects of self-enforcement, in particular the grounds and boundaries of said prerogative. This is a fundamental approach to the extent this matter raises the dialectic grounding the legal-administrative discipline governing the matter to the ultimate degree, as it entails a contraposition of administrative authority and individual liberties. Whilst Brazilian jurists have largely studied self-enforcement, and accepted it as a legitimate attribute, little has been said about it from the standpoint of the laws of other countries. These must not be overlooked, for the contraposition between Anglo-Saxon legal systems and Romano-Germanic legal systems provides diverse perspectives concerning administrative enforcement. The investigation of its constitutional foundation is a necessary requirement for an appropriate understanding of self-enforcement, as it sets the true role of legality vis-à-vis exercise of the prerogative. Establishing these premises allows for an understanding of the legal nature of self-enforcement and of the circumstances under which administrative execution is admissible. Such as included in Brazilian public law, it begs examining the important role of non-disposability, as there are limits within which self-enforcement can be exercised, in particular in view of the principles of due process of law, adversary proceedings and full defense, as well as the principle of proportionality. Combining these aspects permits inferring the attribute of self-enforcement is subject to constraints limiting its applicability, such that whilst it may be true the administration may not dispense with it, it is also true that exercising the prerogative presents boundaries in the form of requirements that must be fulfilled.

Key words: self-enforcement, legal grounds, legal discipline, boundaries.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
 CAPÍTULO 1. A Autoexecutoriedade no âmbito da Teoria das Funções Estatais e do Ato Administrativo	14
1.1. Funções estatais	14
1.1.1. A teoria clássica das funções estatais	14
1.1.2. Fundamento da separação: garantia	17
1.1.3. Funções estatais: critérios de diferenciação	17
1.1.4. Relação entre função administrativa e judicial	22
1.2. Ato administrativo. Atributos	25
1.2.1. Presunção de veracidade e de legitimidade	25
1.2.2. Imperatividade (ou coercibilidade)	26
1.2.3. Autoexecutoriedade	26
1.3. Autoexecutoriedade: aspectos terminológicos	28
1.3.1. Imperatividade, exigibilidade e autoexecutoriedade: utilidade na distinção?....	28
1.3.1.1. Aproximação entre exigibilidade e imperatividade	29
1.3.1.2. Aproximação entre exigibilidade e executoriedade	31
1.3.1.3. Nossa posição	32
1.3.2. Noção de autotutela	33
1.3.3. Autoexecutoriedade	35
1.3.4. Executoriedade imprópria: crítica	36
 CAPÍTULO 2. Direito Comparado. Influências no Direito Brasileiro	38
2.1. Sistema europeu-continental (base romanística)	39
2.1.1. Direito Francês	41
2.1.1.1. Panorama geral	41
2.1.1.2. Terminologia	44
2.1.1.3. Condições para o exercício da executoriedade	48
2.1.2. Direito alemão	52

2.1.2.1. Panorama	52
2.1.2.2. Coação administrativa	53
2.1.3. Direito italiano	57
2.1.3.1. Panorama	57
2.1.3.2. Executoriedade. Autotutela executiva	58
2.1.4. Direito espanhol	61
2.1.4.1. Panorama	61
2.1.4.2. Terminologia	61
2.1.4.3. Direito positivo	64
2.1.5. Direito português	65
2.1.5.1. Cenário doutrinário	65
2.1.5.2. Direito positivo	67
2.1.6. Direito argentino	70
2.1.6.1. Cenário doutrinário	70
2.1.6.2. Direito positivo	73
2.2. Sistema anglo-saxão	74
2.3. Resumo crítico do direito estrangeiro e suas influências sobre o direito brasileiro.....	77
2.3.1. Desvinculação da execução forçada em relação ao ato administrativo e seus desdobramentos	77
2.3.2. Evolução ou involução legislativa?	79
2.3.3. Aproximação entre o sistema continental-europeu e o anglo-saxão	81
2.3.4. Influência no Direito Brasileiro	85
 CAPÍTULO 3. Fundamentos	 89
3.1. Introdução	89
3.2. Princípio da legalidade. Posições doutrinárias	90
3.3. Posição adotada	95
3.4. Princípio da juridicidade	97
3.5. Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado	100
3.6. Relação com a presunção de legitimidade do ato administrativo	111
3.7. Princípio da eficiência	116

CAPÍTULO 4. Regime Jurídico Geral da Autoexecutoriedade	121
4.1. Meios para o exercício da autoexecutoriedade	121
4.1.1. Execução de ofício	122
4.2.2. Execução forçada	123
4.2. Hipóteses de cabimento	124
4.2.1. Autorização legal (1ª HIPÓTESE)	124
4.2.1.1. Expressa	125
4.2.1.2. Razoavelmente implícita	126
4.2.1.3. Relação geral e especial de sujeição	131
4.2.1.4. Direito positivo	134
4.2.1.5. A lei de procedimento administrativo do Estado de Sergipe	135
4.2.2. Urgência (2ª HIPÓTESE)	137
4.2.2.1. Noção de urgência	138
4.2.2.2. Urgência e estado de necessidade	139
4.2.2.3. Urgência e legalidade	141
4.2.2.4. Urgência, estado de necessidade e discricionariedade	142
4.2.3. Inexistência de outra via jurídica (UMA 3ª HIPÓTESE?)	150
4.2.3.1. Da sanção penal	152
4.2.3.2. Da sanção administrativa	154
4.2.3.3. Da sanção civil	155
4.2.4. Nossa conclusão	158
4.3. Natureza jurídica da competência executória: discricionariedade ou vinculação?.....	159
4.3.1. Localização da discricionariedade	159
4.3.2. Colocação do problema	162
4.3.3. Escolha da via executória administrativa ou judicial	163
CAPÍTULO 5. Limites	168
5.1. Introdução	168
5.2. Devido Processo Legal	169
5.2.1. Noções gerais	169
5.2.2. Devido processo legal e autoexecutoriedade	172
5.2.2.1. Desapropriação indireta	174

5.2.3. Princípio do contraditório e da ampla defesa	177
5.2.4. Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade	178
5.3. Requisitos para o exercício da autoexecutoriedade	181
5.3.1. Existência de ato administrativo prévio (1º REQUISITO)	181
5.3.1.1. Tipologia	183
a) Atos de direito privado expedidos pela Administração	185
b) Atos gerais e abstratos expedidos pela Administração	185
c) Atos administrativos expedidos pelo Judiciário e pelo Legislativo	186
d) Relações interadministrativas	187
5.3.1.2. Ato administrativo perfeito e eficaz	191
5.3.1.3. Autoexecutoriedade e teoria das nulidades. Colocação do problema.....	192
a) Classificação adotada	193
b) Ato inexistente	193
c) Efeitos do ato viciado não invalidado	196
d) Direito de resistência	199
5.3.2. Intimação do particular (2º REQUISITO)	201
5.3.3. Descumprimento da obrigação pública pelo particular (3º REQUISITO)	206
5.4. Controle da autoexecutoriedade	208
5.4.1. Controle judicial	208
5.4.2. Controle administrativo	212
5.4.2.1. Recursos administrativos	213
5.5. Casuística: autoexecutoriedade no âmbito vigilância epidemiológica (o combate ao mosquito transmissor da dengue)	217
SÍNTESE CONCLUSIVA	222
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	226

INTRODUÇÃO

A autoexecutoriedade representa o atributo pelo qual o ato administrativo pode ser posto em execução pela própria Administração, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário. O seu exercício implica na intervenção sobre a liberdade ou a propriedade do administrado, admitindo, muitas vezes, o próprio manuseio da força pela Administração.

Como se nota, a execução via administrativa representa uma seara em que a contraposição entre autoridade e liberdade atinge grau máximo. De um lado, verifica-se a prerrogativa de a Administração satisfazer *sponte propria* suas pretensões, executando de ofício suas ordens ou compelindo o particular a fazê-lo; de outro, observam-se as garantias do particular sobre o qual se verte a força estatal.

O estudo dos aspectos jurídicos envolvidos nesta dialética permitirá uma compreensão mais adequada do atributo da autoexecutoriedade.

É certo que a evolução do direito público destacou mecanismos consensuais de atuação estatal, em uma clara necessidade de abandono às fórmulas autoritárias do exercício da função administrativa. A despeito disto, incabível taxar como jurássica a abordagem sobre tema tão clássico. A atuação unilateral, impositiva e executória da Administração ainda se faz presente. Basta verificar a sua disseminação pelos diversos institutos do Direito Administrativo.

Por conta disto, a doutrina nacional sempre tratou do tema. Não há manual de Direito Administrativo que não aborde o assunto, regra geral no tópico dos atributos do ato administrativo. Contudo, inexistem entre nós estudos específicos sobre a autoexecutoriedade, diversamente do que se observa na doutrina estrangeira. Consequentemente, muitas peculiaridades do instituto ou não são abordadas ou se encontram subanalizadas.

Deste modo, o objetivo da presente dissertação é o de contribuir para uma maior investigação sobre o tópico. Apesar de representar um tema clássico, não está imune a dissensos e polêmicas, aspectos estes que serão objeto de averiguação.

O trabalho é dividido em cinco capítulos, com exclusão da síntese conclusiva. O ponto de partida será a análise da função administrativa, seguida por um exame do ato administrativo (Capítulo 1). Neste mesmo capítulo, serão abordados os aspectos terminológicos envolvendo a autoexecutoriedade.

Em seguida, no Capítulo 2, far-se-á incursão no direito comparado. O escopo consistirá em apresentar um panorama geral da autoexecutoriedade, à luz, sobretudo, da doutrina alienígena que trata do tema, sem descuidar para a legislação existente. Em seguida, a preocupação central será proceder a uma análise crítica do direito estrangeiro, bem assim à investigação da influência no direito brasileiro.

O Capítulo 3 abordará os fundamentos da execução administrativa, com destaque aos pressupostos constitucionais, notadamente a legalidade (ou juridicidade) e a eficiência. Será investigado se o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, hodiernamente tão combatido, se presta a justificar o atributo. Igualmente será averiguada a relação entre a autoexecutoriedade e a presunção de legitimidade.

Em tópico reservado ao regime jurídico geral da autoexecutoriedade (Capítulo 4), preceber-se-á à análise dos meios para o exercício do atributo, das hipóteses de seu cabimento (levando-se em consideração as conclusões de conhecido julgado francês, o *arrêt Société immobilière de Saint-Just*), bem como da natureza jurídica da competência executória, se vinculada ou discricionária.

O derradeiro capítulo (Capítulo 5) é reservado aos limites da autoexecutoriedade. Será conferida ênfase ao princípio do devido processo legal, do qual decorrem outros princípios de tomo, notadamente o do contraditório e o da ampla defesa, assim também o da proporcionalidade. Com base em tal investigação, analisar-se-á a pertinência de requisitos ao exercício da execução administrativa. Ainda no âmbito do capítulo referente aos limites, será realizada análise sobre os mecanismos de controle da autoexecutoriedade, tanto administrativa quanto judicial.

CAPÍTULO 1. A AUTOEXECUTORIEDADE NO ÂMBITO DA TEORIA DAS FUNÇÕES ESTATAIS E DO ATO ADMINISTRATIVO

1.1. Funções estatais

A autoexecutoriedade representa o atributo pelo qual o ato administrativo pode ser posto em execução pela própria Administração, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário. Verifica-se, pela sua própria conceituação, que o tema envolve duas funções estatais – a administrativa e a judicial.

Esta noção geral da autoexecutoriedade permite vislumbrar, desde já, uma relação de exclusão entre a função administrativa e a função jurisdicional. Aquela, no âmbito da aplicação das declarações veiculadas pelos atos administrativos, prescinde de uma manifestação judicial como condição de sua exequibilidade.

Esta peculiaridade, que integra a característica definitiva do instituto, força a uma análise das funções estatais, sobretudo em relação aos seus pontos convergentes e divergentes.

1.1.1. A teoria clássica das funções estatais

Dentre as lições mais arraigadas no âmbito do Direito Público, assumindo verdadeiros ares de dogma, encontra-se a *teoria tripartite da separação dos poderes*, atribuída a Montesquieu em sua obra *De l'esprit des lois* (1748).

É bem verdade que autores outros que o antecederam já tratavam da distinção das funções estatais, figurando como “antecedente mais remoto”¹ o grego Aristóteles, para quem o Estado assume o exercício de três atividades. Relevante notar que em Aristóteles a preocupação cingia-se às funções, não aos poderes orgânicos do Estado². Tanto assim que o autor grego admitia o exercício de atividades diversas por um mesmo órgão. Jorge Miranda denominou tal formulação de “teoria das partes” ou das “faculdades da soberania”.³ Pode ser

¹ Dalmo de Abreu DALLARI. *Elementos da Teoria Geral do Estado*, p. 182.

² Cf. Eros GRAU. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, p. 227.

³ “Funções do Estado” in: *Revista de Direito Administrativo*, p. 88.

citado, ainda, Marsílio de Paula, em cuja obra “Defensor Pacis” (1324) são apartados os poderes legislativo e executivo.⁴

Assume destaque, já no século XVII, a figura de John Locke, ora tratado como mero precursor⁵, ora como o próprio autor da construção teórica.⁶ A propósito desta divergência, aponta-se, por um lado, que o teórico inglês sistematizou originariamente a teoria da separação dos poderes, e, por outro, que sua formulação apresentava traços de incompletude, somente sanados posteriormente por Montesquieu. Outros ainda não vislumbraram na obra de Locke qualquer referência à teoria da separação, a exemplo de Carré de Malberg, para quem “no fundo, a doutrina de Locke se reconduz, portanto, a uma simples teoria de distinção das funções”.⁷

Ademais, assinale-se que há controvérsia quanto à própria estrutura da divisão proposta por John Locke, se tripartite ou bipartite. Isso porque, a despeito da menção expressa aos Poderes Legislativo, Executivo e Federativo, apresentava-se como inconveniente a separação orgânica entre estes últimos, de modo que, conforme a conclusão de Eros Grau, “o que Locke propõe é uma separação dual – e não tríplice – entre os três poderes que descreve”.⁸

A despeito da anterioridade das lições que propugnavam pela divisão das tarefas estatais, é em Montesquieu que a formulação ganha matiz teórico-científica, uma verdadeira formulação *ex professo*⁹, sofrendo uma sistematização consistente.

Para Montesquieu, ao Estado competia o exercício de tríplice função – a legislativa, a executiva e a jurisdicional. Esta lição não se diferenciava, como visto, daquela até então apresentada por grande parte dos tratadistas, desde a Antiguidade Clássica, consubstanciada na teoria das faculdades da soberania.

Partindo da constatação vertida em passagem clássica - “é uma experiência eterna a de que todo homem que tem poder tende a abusar dele”¹⁰ -, o teórico francês dessume que

⁴ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu, *ibid.*, p. 182. Marsílio de Pádua também é citado por Nuno PIÇARRA, em capítulo referente às origens próximas da teoria da separação dos poderes (*Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, p. 57).

⁵ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 109.

⁶ Cf. CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, p. 32.

⁷ Tradução livre da seguinte passagem: “Au fond, la doctrine de Locke se ramène donc à une simple théorie de distinction des fonctions”. *Apud* Nuno Piçarra (*ibid.*, p. 63). A obra citada de Carré de Malberg é *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, 2 vols. Paris, 1920.

⁸ *Ibid.*, p. 228.

⁹ A expressão é de Jorge Miranda, *ibid.*, p. 89

¹⁰ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 31.

encerra perigo a atribuição de todo o poder a um só homem. Para daí extrair a inexorável necessidade de apartar subjetivamente as funções elencadas, ou seja, atribuir-se a órgãos diversos cada uma das distintas atividades estatais. Como notou Jellinek, citado por Heraldo Garcia Vitta, “verifica-se coincidência *subjetiva e objetiva* das funções estatais”.¹¹

Outro destaque, comumente olvidado, que pode ser conferido às lições de Montesquieu foi a inserção da função judicial como categoria autônoma. Como salientado por Nuno Piçarra, “tradicionalmente, a distinção era entre função legislativa e função executiva. A estas duas, Montesquieu acrescenta a função judicial”.¹²

É bem verdade, não se pode deixar de reconhecer, que o Poder de Judiciário é tratado, conforme diversas passagens de Montesquieu, como uma função de caráter mecanicista, de mera aplicação silogística da lei no caso concreto. Eros Grau, a propósito, entende que, “em rigor, Montesquieu nos coloca diante de dois poderes, o Executivo e o Legislativo”. E explica: “A desimportância atribuída por Montesquieu ao poder de julgar decorre da circunstância de, à época, ser ele efetivamente menor”.¹³

Por fim, cabível assinalar, ainda no âmbito das lições de Montesquieu, sobre um equívoco interpretativo extraído do *L’Espir des lois*.

Comumente se atribui ao teórico francês um arcabouço rígido acerca da separação dos poderes, o que lhe enseja uma série de críticas. Para Régis Fernandes de Oliveira, Montesquieu “imaginou uma tripartição estanque dos poderes”, de modo que “cada órgão deveria praticar apenas atos específicos”.¹⁴

No entanto, como será visto a seguir, trata-se de formulação que atualmente não encontra receptividade.

¹¹ Aspectos do Conselho Nacional de Justiça. In: RTDP, n. 43, p. 98 (itálico no original).

¹² *Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, p. 91. É bem notado por Nuno PIÇARRA, em nota de rodapé, que tal classificação tripartida “já era conhecida em Inglaterra muito antes de Montesquieu a ter adoptado. Mas, foi só a partir do autor que ela se tornou preferida, impregnando definitivamente o constitucionalismo liberal”.

¹³ *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, p. 235.

¹⁴ *Ato Administrativo*, p. 21. O autor reproduz similar lição de Celso BASTOS, que faz alusão ao “esquema inicial rígido” advindo de Montesquieu (coletado da obra *Elementos de Direito Constitucional*, p. 98).

1.1.2. Fundamento da separação: garantia

É na proteção ao indivíduo que se assenta a doutrina da separação dos Poderes. Partindo da premissa sobre a qual se verte – o pessimismo antropológico ¹⁵ (o homem que detém o poder tende a abusar dele) –, conjugada com o escopo de impedir o arbítrio opressor, extraiu-se a necessidade de apartar as diversas funções estatais e atribuí-las a órgãos separados.

Observa-se a incorporação formal do fundamento na própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), em seu artigo 16, que declara a inexistência de uma constituição diante da ausência da separação do poderes, “tal a compreensão de que ela constitui técnica de extrema relevância para a garantia dos Direitos do Homem”.¹⁶

Não se pode desconsiderar, à luz da evolução por que passou a doutrina da separação, que outro objetivo lhe tenha sido atribuído, qual seja, o recrudescimento da eficiência do Estado pela técnica da distribuição de funções entre órgãos especializados.¹⁷ Padece controvérsia sobre a época de seu surgimento, se ao final do século XIX¹⁸, ou se, um século antes, por intermédio dos federalistas norte-americanos.¹⁹

A despeito disso, permanece como seu substrato fundamental, seu “núcleo imutável”,²⁰ o princípio de moderação e limitação do poder político-estadual no interesse da liberdade individual.

1.1.3. Funções estatais: critérios de diferenciação

Ao contrário do que poderia levar a crer a consagração da teoria de Montesquieu por mais de dois séculos no mundo ocidental, o tópico atinente às funções estatais ainda é objeto de dúvidas e controvérsias. Os múltiplos entendimentos acerca das atividades processadas

¹⁵ Cf. TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, p. 860.

¹⁶ José Afonso da SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 109.

¹⁷ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado* p. 181.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Eros GRAU, na seguinte passagem, afirma: “A ‘separação dos poderes’ é, em Montesquieu, um mecanismo imediatamente voltado à promoção da liberdade do indivíduo; para os federalistas norte-americanos, diversamente, ela está imediatamente voltada à otimização do desempenho das funções do Estado, fundando-se também no princípio da divisão do trabalho” (*O direito posto e o direito pressuposto*, p. 226).

²⁰ Nuno PIÇARRA, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: Um contributo para o estudo das suas origens e evolução* p. 26.

pelo Estado, tanto no âmbito de suas modalidades específicas quanto dos critérios utilizados para a distinção, evidencia a aridez do tema.

Justificativas para tanto não são difíceis de identificar. A heterogeneidade das funções estatais (sobretudo a administrativa) e a interpenetração entre elas, a peculiaridade do ordenamento jurídico de cada Estado, a metamorfose do entendimento político-constitucional que baliza o grau de intervenção da Administração na propriedade privada e na atividade econômica, todos estes fatores, sem prejuízo de outros, tornam extremamente dificultosa a tarefa.

Não sem razão, muitos juristas, a exemplo de Renato Alessi, reconhecem que uma análise das funções estatais não pode assumir como escopo o encerramento das atividades em compartimentos estanques.

No entanto, a tentativa inglória de uma divisão infalível é justificada pela necessidade de estabelecer distinções capazes de resolver os problemas que se apresentam ao operador do Direito. Trata-se de um ponto de partida inevitável, sem o qual a análise já estará fadada ao insucesso, notadamente sob o ponto de vista científico. Daí o esforço por que passam os publicistas.

A controvérsia já se apresenta em relação ao critério para a distinção entre as funções estatais. Serão analisados, de maneira sucinta, os seguintes critérios: (i) negativo; (ii) orgânico (ou subjetivo); (iii) objetivo material; (iv) objetivo formal.

O primeiro deles define a função administrativa por exclusão. A doutrina alemã utiliza comumente o critério negativo, como se pode constatar pelas lições de Otto Mayer, Fritz Fleiner e Adolf Merkl. De acordo com este último, “el concepto de administración es el resultado una *sustracción*, en el que el minuendo lo constituyen la suma de las actividades del Estado y el sustraendo la suma de legislación y justicia”.²¹

Criticando a utilização de tal critério, assinala Paulo Modesto que ele “não explica a formulação dos conceitos que servem de base para a exclusão, dando por demonstrado exatamente o que pede demonstração”.²²

Já o critério subjetivo estabelece uma relação unívoca entre a função desempenhada e o órgão estatal incumbido de exercê-la. A medida necessária para a contenção do poder

²¹ Adolfo MERKL, *Teoría general del derecho administrativo*, p. 12.

²² “Função administrativa” in: *Revista Trimestral de Direito Público*, p. 222.

consiste na sua separação entre pessoas distintas, cada qual detentora de competência exclusiva.

Assim, não haveria o exercício da atividade legislativa fora dos órgãos integrantes do Legislativo; inexistente a jurisdição senão no Poder Judiciário; despropositado seria atribuir a função administrativa a um órgão diverso do Executivo.

Imputa-se a Montesquieu a condição de principal adepto de tal critério. Para além da mera distinção entre as funções estatais, o teórico francês consolidou a necessidade de sua atribuição a órgãos apartados, remédio capaz de impedir a instauração de governos ditatoriais e arbitrários. Ocorre que, como visto acima, sequer Montesquieu teria adotado o critério orgânico em termos tão extremados. Muito embora imprescindível, a divisão não poderia se dar de maneira estanque, dada a necessidade de desenvolvimento de competências marginais, bem como do controle recíproco entre os órgãos.

A propósito, esta a formulação crítica que é dirigida ao critério orgânico: a incapacidade de vislumbrar o exercício de atribuições marginais ou atípicas pelos Poderes. Basta a verificação da função que notadamente nos interessa – a administrativa –, para notar que se trata de competência exercida não somente pelo Poder Executivo, mas também pelo Legislativo e pelo Judiciário, órgãos em cuja estrutura se faz presente o regime jurídico dos agentes estatais, das licitações e contratações públicas, dentre outros. Nesse sentido aponta Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, para quem “se não podem confundir os órgãos do Estado-poder com suas funções, nem mesmo com as ações que os especificam”.²³

São igualmente as observações de Renato Alessi:

en efecto, la división de poderes no puede ser aplicada en la práctica sino de manera imperfecta e incompleta, ya que las distintas funciones estatales están en íntima conexión, enlazándose e integrándose una com otra, de tal forma que no es posible dividir la actividad del Estado en unos compartimentos estancos, como pretendía la formulación originaria de la teoría. (...) Así, tanto en el ordenamiento constitucional italiano como en el de todos los Estados de Derecho, dicha división subjetiva de poderes, en atención a las sensibles atenuaciones expuestas, se recoge más como principio tendencial que como regla absoluta; es decir, solamente en el sentido de que cada orden de órganos tiene como competencia propia y normal (y no ya como competencia absoluta y exclusiva) el ejercicio de la función que determina su denominación, (...).²⁴

²³ *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 47. Em seguida, o autor desenvolve de maneira exemplificativa o exercício das funções, típica e atipicamente, no âmbito dos órgãos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário (pp. 47-48).

²⁴ *Instituciones de Derecho Administrativo*, p. 19.

Trata-se, com efeito, de entendimento maciço adotado pelos doutrinadores que se debruçaram sobre o tema das funções estatais.

O terceiro critério representa o objetivo material (ou substancial), que busca os elementos intrínsecos de cada uma das funções.²⁵ Assim, a função legislativa se baseia na expedição de atos gerais e abstratos; a função jurisdicional tem por escopo a resolução de controvérsias; e a função administrativa assume a condição de realizar de maneira concreta os fins desejados pelo Estado.

No entanto, este critério também é passível de críticas. Existem muitas atividades decorrentes da função administrativa que não se enquadram nas características assinaladas. Exemplo: os regulamentos (atos gerais e abstratos expedidos pela chefia do Executivo), que representam uma manifestação da função administrativa, não realizam concretamente os fins estatais; ou seja, sob o ponto de vista objetivo material, assemelham-se mais à função legislativa (que são atos gerais e abstratos) do que à administrativa. O mesmo se pode afirmar das decisões proferidas por diversos órgãos e entidades administrativas, que assumem a função de solucionar controvérsias, mas não representam função jurisdicional.

Da mesma forma, o critério material

não informa porque leis individuais e concretas, leis meramente derogatórias e leis com ‘fatispecie exclusiva’ (v.g., as leis que regulam apenas a criação de um órgão isolado do Estado), permanecem com a mesma força jurídica e submetidas ao mesmo regime jurídico das leis gerais e abstratas.²⁶

Por fim, o critério objetivo formal, que leva em consideração as características jurídicas de cada função.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, em digressão sobre o “valor formal” dos atos estatais, salienta que a lei apresenta força jurídica “de se impor, imediatamente, de modo superior a qualquer manifestação do Estado-poder”, de modo a “inovar, de maneira absoluta, a ordem jurídica”.²⁷ Já a sentença detém, como valor formal, o “trânsito em julgado da decisão proferida, insuscetível, ao depois, de modificação até pelo próprio julgador”.²⁸ O ato

²⁵ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 32.

²⁶ Cf. MODESTO, Paulo. *Modesto. Função administrativa*, p. 22.

²⁷ *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 49.

²⁸ *Ibid.*

executivo, por sua vez, apresenta a “força jurídica de autotutela, ou seja, a possibilidade de auto-executoriedade quando não obedecido”.²⁹

Em relação à função legislativa e judicial, os parâmetros apontados por este autor merecem pleno acatamento. Com efeito, por meio da função legislativa verifica-se a criação, de maneira originária, primária, de direitos e deveres dirigidos aos particulares e ao Estado. Já a função jurisdicional é marcada pela definitividade, ou seja, a solução das controvérsias apresenta força de coisa julgada, não podendo sofrer modificação.³⁰

No entanto, a afirmação de que a função administrativa apresenta como característica nodal a autoexecutoriedade não merece igual acatamento. Desde já convém salientar que este atributo não está presente em todos os atos administrativos (como será visto de maneira pormenorizada no Capítulo 5). A bem da verdade, cada vez mais têm sido mitigados os contornos deste atributo, de tal maneira que assume uma feição eminentemente de exceção.

Toma-se como adequada a caracterização explicitada por Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem a função administrativa se apresenta como aquela exercida “na *intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos*”, bem como por “*ser desempenhada mediante comportamentos infralegais* ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a *controle de legalidade pelo Poder Judiciário*”.³¹

Perceba-se, logo, que são dois os aspectos que particularizam a função administrativa.

Em primeiro lugar, a inserção em uma estrutura hierárquica. Esta lição advém de Adolf Merkl. De acordo com este autor germânico, a organização administrativa se baseia em “uma jerarquía orgánica que se señala por la subordinación”.³²

Em segundo lugar, o caráter da complementaridade (às leis ou à própria Constituição), lição esta de influência marcadamente italiana. De acordo com Renato Alessi, a Administração é definida como uma atividade de produção jurídica complementar.³³

²⁹ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 29

³⁰ Em sentido contrário, Paulo MODESTO explana que a função jurisdicional “não produz sempre e necessariamente decisões dotadas de força de coisa julgada (formal ou material). Há jurisdição no ato do juiz que indefere liminarmente uma petição inicial, nos atos de jurisdição voluntária, nas decisões cautelares, por exemplo, e não se poderia atribuir a qualquer desses atos o atributo da definitividade para dizer o direito” (*Função administrativa*, p. 223).

³¹ *Curso de direito administrativo*, p. 36 (itálico no original).

³² *Teoría general del derecho administrativo*, p. 52.

³³ *Instituciones de Derecho Administrativo*, p. 8.

1.1.4. Relação entre função administrativa e judicial

A noção de autoexecutoriedade, entendida como a desnecessidade de intervenção judicial para o exercício da função administrativa, evidencia uma correlação entre tais funções.

Se é verdade que as múltiplas teorias acerca das funções estatais buscaram, de um modo geral, um critério diferenciador entre a função administrativa e judicial, não se pode descurar que se impõe uma verdadeira similitude entre elas, notadamente sob o aspecto material: no exercício de ambas são expedidos atos cujo escopo primordial consiste na aplicação da lei, ou na sua execução. Assim, materialmente, inexistente qualquer distinção entre um ato administrativo de interdição de estabelecimento e um ato judicial que, igualmente, imponha o encerramento de atividade não licenciada. Ambos representam uma concretização da norma legal que preconiza tal consequência jurídica (a interdição) ante a constatação do exercício de atividade para cujo funcionamento não fora expedida a respectiva licença. A propósito, Adolf Merkl destaca que a sentença judicial e o ato administrativo “son iguales en lo que se refiere a su relación respecto a la ley”.³⁴

Com base nisto, cumpre ressaltar que, muito embora esteja assentada por grande parte dos estudiosos a existência de três funções do Estado – legislativa, administrativa e jurisdicional –, há autores que se afastam (alguns até a repudiam³⁵) desta formulação, herdada de Montesquieu.

Dois deles merecem expressa consideração, vez que se opõem justamente no aspecto atinente à relação entre as atividades executiva e jurisdicional.

De um lado se encontra Hans Kelsen, para quem as funções do Estado são a de legislar e de executar, sendo que esta última abarca as atividades da Administração e do Judiciário. Segundo o jurista:

Na verdade, uma dicotomia é a base da costumeira tricotomia. A função legislativa opõe-se tanto à função executiva quanto à judiciária, sendo que estas duas últimas estão, obviamente, relacionadas de modo mais íntimo entre si do que com a primeira. (...) As normas jurídicas gerais são executadas tanto pelo poder executivo quanto pelo judiciário.³⁶

³⁴ *Teoría general del derecho administrativo*, p. 41.

³⁵ Francis-Paul BÉNOIT, *Le Droit Administratif Français*, p. 32 e ss.

³⁶ *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 250.

Vale dizer, atividades da Administração e do Judiciário nada mais são do que execução da lei.³⁷

De outro lado, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello elenca as funções administrativa e jurisdicional, de modo que aquela abrange as atividades legislativa e executiva. A justificativa para apartar estas duas funções deve-se, dentre outras razões, à finalidade: de integração da ordem jurídica, típica da função administrativa; e de reintegração da mesma ordem, da função jurisdicional.

Vale apontar a formulação, pelo autor brasileiro, de críticas específicas direcionadas a Kelsen. Assim, não se justificaria a junção da atividade administrativa e judiciária numa mesma função (a executiva), pelo fato de que a “função administrativa como a jurisdicional se exteriorizam mediante *regras jurídicas normativas* e atos jurídicos concretos”.³⁸

Inobstante a percuciente análise e construção teórica de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, não se pode deixar de reconhecer que há real similitude entre as atividades executiva e jurisdicional, no sentido de que ambos se valem da ordem jurídica como parâmetro de atuação. Conforme assinalado por Afonso Rodrigues Queiró, a “atividade da Administração é uma atividade de subsumção dos fatos da vida real às categorias legais. O Administrador realiza uma função neste ponto de todo em todo idêntica à do juiz”.³⁹

Esta similitude é que permite a execução de um comando legal, tanto pelo exercício da função administrativa, quanto pelo da função judicial.

No entanto, a similaridade material das funções não permite equipará-las. Como visto acima, predomina o entendimento de que há aspectos formais que as distinguem. E tal diferenciação representa, acredita-se, o ponto fundamental para se aferirem os contornos fundamentais de cada qual.

Destaque para a característica salientada por Celso Antônio Bandeira de Mello: a função administrativa encontra-se inserida na intimidade de uma estrutura hierárquica. Esta peculiaridade apresenta uma relevante consequência. A lição é tomada de Merkl, para quem

³⁷ A idéia é compartilhada por outros juristas, a exemplo de Scheuner (“A Jurisdição e a Administração são da mesma maneira execução da lei”) e Jellinek (“...pergunta-se se existe e qual é a diferença entre os poderes do Estado. É coisa assente que a relação entre a Legislação dum lado, e a Justiça e a Administração do outro, é sem dúvida a de uma supra para uma infra-ordenação”). Estes autores e trechos são mencionados por Afonso Rodrigues QUEIRÓ. *A Teoria de ‘Desvio de Poder’ em Direito Administrativo*, p. 48, nota de rodapé n. 27.

³⁸ *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 30.

³⁹ *Ibid.*, p. 53.

“en la justicia domina absoluta coordinación de órganos, en la administración, junto a la coordinación, existe subordinación”.⁴⁰ E explica, traçando as implicações:

Esta diferencia en la situación jurídica respectiva del juez y del órgano administrativo queda expresada con la fórmula consabida de que el juez es independiente, mientras que el órgano administrativo no lo es.

(...)

Y, sin embargo, el problema de la independencia judicial y de la dependencia de las autoridades administrativas constituye el punto inguinal para la comprensión del dualismo entre justicia y administración, y la diferenciación jurídico-positiva de las funciones ejecutivas en unas que se manifiestan con independencia y otras con subordinación, constituye el supuesto previo para el reconocimiento jurídico-teórico de ese dualismo.⁴¹

Para Enterría e Fernández, muito embora a autoexecutoriedade seja caracterizada como uma potestade materialmente jurisdiccional, incabível a equiparação,

porque jurisdicción supone neutralidad e independencia en los órganos que la imparten, heterotutela, como ya hemos notado, y validez definitiva (fuerza de cosa juzgada) en lo decidido o ejecutado, notas ambas que no se dan en los fenómenos de tutela ejercida por la Administración.⁴²

De acordo com tais lições, e tomando como parâmetro o ordenamento jurídico nacional, afirma-se que a inserção ou não em uma estrutura hierárquica e, de maneira consequente, o predomínio ou não da independência interorgânica, é nota distintiva entre a função administrativa e a função judicial.

Fala-se em predomínio do caráter independente, vez que inexistente exclusividade de tal característica, ou de sua ausência, no âmbito da função judicial e administrativa, respectivamente. Os efeitos do controle abstrato de constitucionalidade, assim também o recente regime da súmula vinculante, mitigam uma parcela da independência da atividade jurisdiccional, muito embora, deve-se reconhecer, não se trata de uma hierarquia nos mesmos moldes daquela observada no bojo da atividade administrativa. Da mesma forma, a muitos órgãos e entidades administrativas é conferida parcela maior de independência, notadamente na tomada de decisões envolvendo aspectos técnicos.

Entende-se que a relevância do binômio (inexistência de hierarquia/independência) é o fator que acaba por moldar a função judicial de um caráter mais garantístico em relação ao

⁴⁰ *Teoría general del derecho administrativo*, p. 52.

⁴¹ *Ibid.*, p. 54.

⁴² *Curso de derecho administrativo*, vol. I, p. 531.

administrado. Daí se falar, no âmbito do regime anglo-saxão, de uma desconfiança do Executivo e de um predomínio da Jurisdição. São estes os contornos que devem ser levados em consideração para uma adequada compreensão de ambas as funções.

1.2. Ato administrativo. Atributos

Trata-se de lição disseminada nos manuais de Direito Administrativo o tópico referente aos atributos do ato administrativo, que representam “as características que permitem afirmar que ele se submete a um regime jurídico administrativo ou a um regime jurídico de direito público”.⁴³

São os atributos que evidenciam as prerrogativas conferidas à Administração, manifestando particularmente a supremacia do interesse público sobre o interesse privado. A sua presença, afirma a doutrina, fundamenta o instrumental que permite ao Poder Público tutelar de maneira satisfatória os interesses da coletividade.

De um modo geral, costuma-se apontar a existência de três atributos.⁴⁴

1.2.1. Presunção de veracidade e de legitimidade

Comumente é feita exclusiva menção à presunção de legitimidade (ou presunção de legalidade). Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no entanto, vai além, desdobrando a análise do atributo em relação a dois aspectos do ato administrativo. Daí haver, de acordo com a autora, duas presunções: a de veracidade e a de legitimidade.⁴⁵

De acordo com a presunção de veracidade, presumem-se verdadeiros os fatos suscitados pela Administração. É a chamada “fé pública”, por meio da qual se deve emprestar uma condição veraz às alegações fáticas do Poder Público.

⁴³ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 197.

⁴⁴ Inexiste unanimidade no cenário doutrinário, tanto nacional quanto estrangeiro, acerca dos atributos do ato administrativo. No Brasil, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO acresce, a par dos três comumente tratados, a tipicidade (ob. cit., p. 201-2). Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, por sua vez, em lição sobre as características do ato, elenca as seguintes: “imperatividade, existência, validade, eficácia, exequibilidade, executoriedade, efetividade e relatividade” (*Curso de Direito Administrativo*, p. 137).

⁴⁵ Ibid., pp. 197-198.

Já pela presunção de legitimidade, os atos administrativos presumem-se em conformidade com a lei. Decorre do próprio princípio da legalidade, que estabelece uma relação de adequação entre o ato e o ordenamento jurídico.

Evidentemente, tal presunção é relativa (*juris tantum*), ou seja, admite prova em contrário. Não se pode conceber a existência de uma presunção absoluta em relação às condições fático-jurídicas de um ato administrativo, sob pena de impossibilidade de controle da Administração.

1.2.2. Imperatividade (ou coercibilidade)

Os atos administrativos são imperativos, no sentido de serem impostos aos particulares, sem a necessidade de sua concordância. Com efeito, irrelevante a anuência do administrado em relação à implementação do interesse público, na medida em que este se sobrepõe ao interesse privado.

Advém do chamado poder extroverso do Poder Público (cf. terminologia adotada por Renato Alessi, amplamente acolhida pelos autores brasileiros), por meio do qual a Administração pode, unilateralmente, constituir terceiros em obrigações ou impor-lhes situações.

1.2.3. Autoexecutoriedade

Predomina no âmbito do direito privado e do penal a máxima segundo a qual “ninguém pode fazer justiça por si mesmo”, verdadeiro princípio geral destes ramos jurídicos.⁴⁶ A incumbência relativa à resolução das controvérsias encontra-se a cargo do Poder Judiciário, que detém a atribuição de proclamar o direito no caso concreto, assim também de implementá-lo, se necessário, por atos de execução. Contrariar tal regime representa incidir no crime de exercício arbitrário das próprias razões, previsto no artigo 345 do Código Penal.

No direito público, por outro lado, a Administração é titular de uma prerrogativa que lhe confere o chamado poder de autotutela, manifestado pela executoriedade. “É a chamada

⁴⁶ Cf. FERREIRA, Sergio de Andréa. *Lições de Direito Administrativo*, p. 81.

execução forçada na via administrativa, que consiste em uma **via jurídica** especial, própria do ato administrativo, fazendo a Administração prescindir da **declaratio juris** pelo Poder Judiciário”.⁴⁷ Assim, no exercício de suas pretensões, e na verificação, regra geral, de resistência pelo particular, cabe à Administração, *per se*, executar o ato, sem qualquer intervenção de autoridade judiciária.

Evidentemente, desde já vale salientar que a desnecessidade de intervenção prévia não afasta o controle judicial *a posteriori*, exercitável, por exemplo, pelo particular atingido, que pode se valer dos instrumentos processuais apropriados. Afinal, o sistema constitucional brasileiro prestigia o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV, Constituição Federal).

Alguns autores, como Celso Antônio Bandeira de Mello,⁴⁸ desdobram tal atributo em dois subtipos, ambos detendo a mesma característica básica – desnecessidade de intervenção do Judiciário. De um lado, a exigibilidade, pela qual a Administração pode executar seus atos, exigindo do particular o seu cumprimento, sob pena de aplicação de alguma sanção. Representa um modo de coerção indireta.

De outro lado, a executoriedade, por meio da qual o Poder Público executa diretamente a sua ordem. Constitui, desta forma, uma forma de coerção direta.

Como se nota, a autoexecutoriedade representa uma seara em que a contraposição entre *autoridade e liberdade* atinge grau máximo. De um lado, verifica-se a prerrogativa de a Administração satisfazer *sponte propria* suas pretensões, executando de ofício suas ordens ou compelindo o particular a fazê-lo; de outro, observam-se as garantias do particular sobre o qual se verte a força estatal.

Previamente à investigação dos aspectos atinentes a este atributo, convém tecer algumas considerações quanto a questões terminológicas.

⁴⁷ Sergio de Andréa FERREIRA, *Lições de Direito Administrativo* p. 99 (negrito no original).

⁴⁸ *Curso de direito administrativo*, p. 413.

1.3. Autoexecutoriedade: aspectos terminológicos

1.3.1. Imperatividade, exigibilidade e autoexecutoriedade: utilidade na distinção?

Extraí-se da análise da doutrina brasileira um dissenso acerca do termo que reflete a situação ora sob enfoque. As próprias categorias assumem contornos diversos, de modo que alguns autores tratam em um único conceito o que outros abordam em vários.

Uma primeira constatação de tomo refere-se à diferenciação entre *imperatividade*, *exigibilidade* e *executoriedade* (ou *autoexecutoriedade*). É o que fazem, por exemplo, Celso Antônio de Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

Como visto acima, a exigibilidade representa a imposição a um particular da obrigação veiculada por um ato administrativo, sem que haja intervenção prévia de autoridade judiciária. É comumente associada ao *privilège du préalable*.⁴⁹ Constitui uma forma de coerção indireta, porquanto incita o administrado ao cumprimento do dever público, de tal sorte que, em caso de descumprimento, legitima a imputação de uma consequência jurídica desfavorável (como a aplicação de multa, a suspensão, extinção ou o não reconhecimento de algum direito⁵⁰, a cassação do ato etc).⁵¹

Diferencia-se da imperatividade, na medida em que esta constitui a tomada de uma decisão pela Administração sem a necessidade de consentimento do particular, de modo que se verifica a constituição unilateral de uma situação jurídica obrigacional referente ao administrado. Como assinalado por Luís Manoel Fonseca Pires, “consiste a imperatividade na imposição unilateral de uma obrigação, isto é, na constituição de um dever, e só; enquanto a exigibilidade é o reclamo do cumprimento desta obrigação, é a etapa seguinte, possível desde que a lei preveja seus mecanismos”.⁵²

Por outro lado, a executoriedade representa a prerrogativa pela qual a Administração pode, por moto próprio, executar os atos que expede, sem necessitar do Poder Judiciário. A

⁴⁹ Cf. BANDEIRA E MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 615; Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito administrativo*, p. 201.

⁵⁰ Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO exemplifica uma hipótese de exigibilidade pelo não reconhecimento de um direito: “a Administração pode exigir que o administrado demonstre estar quite com os impostos municipais relativos a um dado terreno, sem o quê não expedirá o alvará de construção pretendido pelo particular” (*Curso de direito administrativo*, p. 414).

⁵¹ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 414; Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito administrativo*, p. 201.

⁵² *Limitações Administrativas à Liberdade e à Propriedade*, p. 85.

coação, neste caso, é direta, de tal modo que o Poder Público pode se valer, inclusive, do uso da força para fazer valer o conteúdo do ato, para concretizar o comando normativo encerrado no provimento.

Porém, não se trata de construção pacificada. Acerca disto, alguns pontos merecem abordagem.

1.3.1.1. Aproximação entre exigibilidade e imperatividade

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, em tópico dedicado à “exigibilidade e auto-executoriedade dos atos administrativos”,⁵³ distingue os atos que conferem prerrogativas ou criam direitos subjetivos aos administrados, daqueles outros que lhes incutem deveres e limitações à esfera jurídica. Se em relação aos primeiros verifica-se a produção de efeitos de modo espontâneo, no tocante aos segundos, a implementação fática do comando normativo contido no ato depende de uma atuação ou de uma abstenção do particular. Assim, em caso de recalcitrância do administrado obrigado, cabível a tomada de providências por parte da Administração, visando ao cumprimento do ato.

Com base nisso, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello define a exigibilidade, ou imperatividade, como a qualidade “de obrigar terceiro a se comportar de conformidade com o por ele disposto, a se sujeitar aos seus ditames”,⁵⁴ relacionando-a, em seguida, com o *privilège du préalable* dos franceses.

Muito embora Oswaldo Aranha Bandeira de Mello empregue o vocábulo “exigibilidade”, não se trata da mesma significação adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Isso por razões de duas ordens.

A uma, porque aquele autor estabelece uma sinonímia entre “exigibilidade” e “imperatividade”, bem assim uma correspondência com a noção francesa do *privilège du préalable*. Ora, de acordo com a doutrina francesa prevalente, este atributo, cuja tradução mais adequada é “privilegio de decisão prévia”, corresponde à tomada unilateral de uma decisão que cria uma situação jurídica referente ao particular.⁵⁵

⁵³ *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 615.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Conforme será visto no Capítulo 2.

A duas, porquanto Oswaldo Aranha Bandeira de Mello trata, no tópico da “auto-executoriedade”, dos meios indiretos de coerção, que são “as penalidades aplicadas às pessoas privadas nos termos legais, para coagi-las à obediência da determinação administrativa”.⁵⁶

Disto se extrai a conclusão de que o termo “exigibilidade” empregado pelo autor, corresponde, efetivamente, à *imperatividade*, nos termos do quanto traçado por Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

Assinale-se que Carlos Ari Sundfeld também toma o termo exigibilidade como equivalente ao de imperatividade. Para este autor, a exigibilidade representa o “atributo de impor-se à obediência, independentemente do destinatário: é a obrigatoriedade do ato”.⁵⁷ No mesmo sentido, aliás, Marçal Justen Filho, para quem, pela exigibilidade (ou imperatividade), “a Administração Pública pode promover a instauração de uma relação jurídica e estabelecer que os direitos e deveres dela derivados deverão ser cumpridos concretamente”.⁵⁸

Para José dos Santos Carvalho Filho, a “exigibilidade, assim, deflui da própria peculiaridade de ser o ato imperativo”, afastando expressamente as lições que tornam aquela uma característica à parte.⁵⁹

A propósito, tomando-se como parâmetro as lições que prevalecem na doutrina francesa (v. Capítulo 2, referente ao direito comparado), a correlação mais adequada deve ser feita entre o *privilège du préalable* e a imperatividade, e não a exigibilidade. Tanto assim que Hauriou, Laubadère, Vedel e Chapus tratam das sanções administrativas de maneira desvinculada da execução pela via administrativa, dentro da qual se inclui o *privilège du préalable*. Ou seja, na França, há evidente apartação entre esta noção e os mecanismos de coerção indireta.

Por conta disto é que se prefere, em relação à tradução de *privilège du préalable*, a expressão “privilégio da decisão prévia”. Ela incute, de maneira acertada, que a decisão administrativa prescinde de autorização judicial.

⁵⁶ *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 625. Por isso, inclusive, que este autor analisa o instituto do “solve et repete” no âmbito da auto-executoriedade.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 82-83.

⁵⁸ *Curso de Direito Administrativo*, p. 283.

⁵⁹ *Manual de Direito Administrativo*, p. 111. Apesar deste entendimento, a nosso ver, o autor incorre em contradição na seguinte passagem: “Parece-nos, contudo, que esse atributo [exigibilidade] é consectário natural da imperatividade, até porque pode haver exigibilidade sem coercibilidade [equivalente à imperatividade, conforme o jurista carioca]” (nota 67). Ora, se pode haver coercibilidade sem imperatividade, como afirmar que este é pressuposto daquele?

1.3.1.2. Aproximação entre exigibilidade e executoriedade

Hely Lopes Meirelles não faz menção ao atributo da exigibilidade, muito embora associe a figura da sanção administrativa, “elemento de coação e intimidação”, ao atributo da autoexecutoriedade.⁶⁰ É o mesmo entendimento de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que insere os meios de coerção indireta no tópico referente à autoexecutoriedade. Para estes autores, portanto, a noção de exigibilidade, na acepção de Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, integra a de autoexecutoriedade. Notória a influência do direito estrangeiro, sobretudo do alemão, que, dentre os meios da coação administrativa, insere as penas coercitivas.

Outros autores repelem expressamente a noção da exigibilidade. Assim procede Florivaldo Dutra de Araújo,⁶¹ destrinchando este atributo nas “formas indiretas de execução” (exemplifica com a aplicação de multa em caso de descumprimento) e nos “requisitos previstos em lei para a prática de certos atos” (*verbi gratia*, o condicionamento na expedição de alvará de construção à prova de quitação dos impostos).⁶² Salienta que o primeiro aspecto “é o sucedâneo por meio do qual se dá a execução do preceito cominatório”, da mesma forma, portanto, que o seria a execução por terceiro. Já o segundo representa mero “requisito legal para a emissão do ato administrativo”, da mesma forma como ocorre do direito privado.

Para além do fato de que ambas as figuras tratadas por Florivaldo Dutra de Araújo representam modalidades de coerção indireta – na medida em que induzem determinado comportamento pela ameaça de uma consequência desfavorável ao particular, na qual se pode incluir o não reconhecimento de um direito –, não se vislumbra que a autonomia conceitual da exigibilidade, sob a ótica deste autor, não possa se sustentar.

⁶⁰ *Direito administrativo brasileiro*, p. 142.

⁶¹ *Motivação e Controle do Ato Administrativo*, pp. 49-50. Observe-se, no entanto, que este autor estabelece uma relação de equivalência entre as noções de “exigibilidade” adotadas por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, o que, como visto acima, inexistente.

⁶² Para nós, ambas as figuras tratadas por Florivaldo Dutra de ARAÚJO representam modalidades de coerção indireta, na medida em que induzem determinado comportamento pela ameaça de uma consequência desfavorável ao particular, na qual se pode incluir o não reconhecimento de um direito.

1.3.1.3. Nossa posição

Em primeiro lugar, convém assinalar que os termos *imperatividade*, *exigibilidade* e *executoriedade* detêm uma característica em comum, geralmente atribuída tão-somente a estas duas últimas: a desnecessidade de intervenção do Poder Judiciário para o seu exercício.

Muito embora seja costume, no cenário doutrinário brasileiro, definir a imperatividade como a possibilidade de imposição dos atos administrativos, *prescindindo-se da concordância do particular*, não se pode olvidar que nesta significação existe um aspecto implícito, estreitado com a igual desnecessidade de ingerência *a priori* de uma autoridade judicial. Sob outro ponto de vista, à Administração cabe, de maneira unilateral (sem aquiescência do administrado e da intervenção do outro poder estatal), criar situações jurídicas aos particulares.⁶³

Tal noção equivale ao *privilège du préalable* francês,⁶⁴ bem como à autotutela declarativa mencionada na Alemanha, França e Portugal (v. Capítulo 2, ref. ao direito comparado).

Evidentemente, tal característica geral não afasta as diferenças específicas, o que, aliás, permite e justifica a distinção entre as três acepções.

Dáí se defender a possibilidade e, nomeadamente, a utilidade da apartação procedida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello. A análise da concretização e da efetivação do comando normativo, ao nível do ato administrativo, ganha em precisão com o desdobramento dos seus momentos sucessivos.

Assim, a imperatividade, inserida no bojo da autotutela declarativa, cria a situação jurídica referente ao particular, impondo a ele determinadas obrigações públicas. Em seguida,⁶⁵ observa-se a possibilidade de a Administração exigir a conduta previamente imposta, sob pena de manuseio dos mecanismos de coerção indireta. É a exigibilidade. No caso de não cumprimento voluntário pelo particular, pode restar ao Poder Público a execução, *sponte propria*, de sua própria ordem, atributo denominado executoriedade.

⁶³ Parece ser esta a posição de Raquel Melo Urbano de CARVALHO (*Curso de Direito Administrativo*, p. 398), que define imperatividade da seguinte maneira: “O Estado, ao atuar, tem em seu favor reconhecido um instrumento de consecução do interesse público primário, qual seja, a prerrogativa de ir além dos seus contornos jurídicos para atingir esferas juridicamente alheias, impondo obrigações a terceiros, sem a necessidade de sua aquiescência, **nem mesmo de autorização judicial preliminar**” (negrito nosso).

⁶⁴ Basta verificar a definição de LAUBADÈRE. Na mesma direção a de CHAPUS.

⁶⁵ A exigibilidade pode ser verificada de maneira concomitante ao da imperatividade.

Dentre as construções teóricas existentes, a ora defendida representa a dominante, como se pode verificar pelas lições, além dos dois autores citados, de Lúcia Valle Figueiredo,⁶⁶ Diógenes Gasparini,⁶⁷ Celso Ribeiro Bastos,⁶⁸ Raquel Urbano de Carvalho,⁶⁹ Luís Manoel Fonseca Pires,⁷⁰ dentre outros.

1.3.2. Noção de autotutela

Muito comum a referência, mormente no direito estrangeiro, a um *princípio de autotutela*, utilizado para explicar a relação entre a Administração e o Judiciário.

Como assinalam Eduardo García de Enterría e Thomáz-Ramón Fernández, em capítulo específico dedicado ao tema, trata-se da noção síntese justificadora do regime especial observado entre o exercício das funções administrativa e judicial. Segundo o pressuposto, “la Administración está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del statu quo, eximiéndose de este modo de la necesidad, común a dos demás sujetos, de recabar una tutela judicial”.⁷¹

Dentre as formas de sua manifestação, verificam-se a autotutela declaratória e a executiva. Pela primeira, a decisão administrativa prescinde de uma sentença prévia de cunho declaratório. “Previamente a cualquier verificación por el juez (...), la decisión de la Administración vincula a la obediencia”.⁷² Como visto acima, equivale à noção de imperatividade, adotada no Brasil.

Já a autotutela executiva exime a Administração da carga de obter uma sentença executiva, “facultándola para el uso directo de su propia coacción sin necesidad de recabar el apoyo de la coacción judicialmente administrada”.⁷³

No cenário doutrinário brasileiro, o vocábulo autotutela igualmente é invocado. Porém, a acepção comumente utilizada difere daquela observada nos manuais estrangeiros.

⁶⁶ *Curso de Direito Administrativo*, pp. 190-195.

⁶⁷ *Direito Administrativo*, pp. 76-7.

⁶⁸ *Curso de Direito Administrativo*, pp. 102-4.

⁶⁹ *Curso de Direito Administrativo*, pp. 398-9.

⁷⁰ *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*, pp. 81-102.

⁷¹ *Curso de derecho administrativo*, p. 515.

⁷² *Ibid.*, p. 519.

⁷³ *Ibid.*, p. 522.

Com efeito, relaciona-se a autotutela com a possibilidade que detém a Administração de anular ou revogar os seus próprios atos. Fazem-no, dentre outros, Diógenes Gasparini,⁷⁴ Odete Medauar⁷⁵ e Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁷⁶. Alguns juristas chegam a conferir estatutura principiológica a tal atribuição, a exemplo de Maria Zanella Di Pietro⁷⁷. Ressalte-se que igualmente a jurisprudência consagra tal noção de autotutela, o que pode ser notado pelas Súmulas n.º 346 e 473, do Supremo Tribunal Federal.

Contudo, outros autores expressamente fazem alusão à autotutela como associada ao atributo da executoriedade, nos termos das lições alienígenas. Assim procede Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,⁷⁸ bem como Sérgio de Andréa Ferreira, que desenvolve o tema em capítulo intitulado “A Autotutela no Direito Brasileiro”.⁷⁹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro igualmente reconhece tal conotação do termo, muito embora com uma acepção restrita.⁸⁰

Flávio Bauer Novelli, em estudo sobre a eficácia do ato administrativo, associa a executoriedade com o “poder de autotutela da administração pública (autotutela satisfatória)”, pelo qual se confere uma “possibilidade de realização coativa, mediante um procedimento administrativo de execução”.⁸¹ Valendo-se da expressão “autotutela executiva”, imputa-lhe uma noção de poder da Administração, rejeitando, em consequência, o seu caráter de predicado do ato administrativo.

Não se busca com o presente tópico fomentar o dissenso terminológico em um tema cujo cenário já se apresenta impreciso. Por outro lado, não se pode deixar de reconhecer que a noção de autotutela, na acepção que lhe confere maciçamente a doutrina estrangeira, é adequada para descrever o instituto sob análise. Mais do que isso, sob uma denominação ampla, abarca uma competência que evidencia uma relevante prerrogativa da Administração Pública, sintetiza de maneira adequada a situação que busca descrever. A própria aproximação ortográfica, em virtude do prefixo “auto”, reforça a correlação entre autotutela e autoexecutoriedade.

⁷⁴ *Direito Administrativo*, p. 19.

⁷⁵ *Direito Administrativo Moderno*, p. 135.

⁷⁶ *Curso de direito administrativo*, p. 107.

⁷⁷ *Direito Administrativo*, p. 69.

⁷⁸ *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 616.

⁷⁹ *Direito administrativo didático*, pp.81 e seguintes.

⁸⁰ Afirma a autora: “Também se fala em autotutela para designar o poder que tem a Administração Pública de zelar pelos bens que integram o seu patrimônio, sem necessitar de título fornecido pelo Poder Judiciário”. *Ibid.*, pp. 69-70).

⁸¹ “Eficácia do Ato Administrativo” in: *Revista de Direito Administrativo*, p. 34.

A propósito, sequer se pode afirmar que existe uma incompatibilidade entre as significações acima mencionadas, partindo-se da premissa de que a autotutela representa a capacidade detida pela Administração para tutelar, por si mesma, suas próprias situações jurídicas. Ora, insere-se em tal noção a atribuição administrativa de anular e revogar seus próprios atos. Da mesma forma em relação aos atributos da imperatividade, exigibilidade e autoexecutoriedade.

Diante disso, prefere-se a acepção mais ampla de autotutela, que merece compreensão, nos termos das lições de Novelli, sob a ótica de uma competência da Administração, de um poder (*rectius*, dever) seu.

1.3.3. Autoexecutoriedade

Em relação à noção que encerra a ideia de execução administrativa (prática de atos pela própria Administração, visando ao cumprimento da obrigação imposta ao particular), a influência da doutrina italiana é marcante. Basta verificar que a doutrina clássica naquele país utiliza o vocábulo *esecutorietà*.⁸²

Vertido para o português, alguns autores pátrios acrescem o prefixo “auto”, pretendendo evidenciar que a própria Administração toma medidas executórias. Trata-se, a bem da verdade, da terminologia mais adotada no cenário doutrinário brasileiro.⁸³

Hely Lopes Meirelles justifica a predileção: “Alguns autores empregam o vocábulo executoriedade em lugar de auto-executoriedade, o que não nos parece correto, porque o prefixo ‘auto’ é que indica a condição de o ato ser executável pela própria Administração”.⁸⁴

Adota-se tal solução, tanto pela tradição referida quanto por se vislumbrar como necessária uma expressa referência a uma execução pela própria Administração. Objetivo que se atingiria pelo manuseio das expressões execução administrativa ou autoexecutoriedade. No

⁸² V. Capítulo 2, referente ao direito comparado.

⁸³ É o termo adotado por Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO (*Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 614), por Diógenes GASPARINI (*Direito administrativo*, p. 76), por Lúcia Valle FIGUEIREDO (*Curso de direito administrativo*, p. 194), por Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (*Direito administrativo*, p. 200), dentre outros. Assim também Odete MEDAUAR, que assim se manifesta: “Preferimos o termo auto-executoriedade porque permite, de imediato, perceber a essência do princípio: possibilidade de executar, sem interferência de outro poder” (*Auto-executoriedade do ato administrativo*, p. 516).

⁸⁴ *Direito administrativo brasileiro*, p. 164, nota 23.

entanto, como o termo execução assume diversas significações,⁸⁵ prefere-se a segunda: autoexecutoriedade.

Da mesma forma que a noção de autotutela perderia o sentido com a supressão do prefixo – tanto assim que o vocábulo *tutela* detém outra significação no Direito Administrativo⁸⁶ –, o mesmo se pode dizer da autoexecutoriedade.

Nota-se, com isto, a minorada influência entre nós das lições francesas referente à terminologia da noção sob análise. A despeito da utilização por alguns autores brasileiros dos termos “execução de ofício” e “execução forçada”, ambos extraídos das lições gaulesas, as referências são desprovidas de uma maior precisão semântica.

No entanto, cabível assinalar que determinados autores não abraçam a terminologia ora adotada (autoexecutoriedade), preferindo outras. Seabra Fagundes se vale das expressões “execução coativa”, “execução *ex officio*” e, notadamente, “execução forçada em via administrativa”,⁸⁷ o que demonstra a marca das lições francesas. A mesma expressão – “execução forçada” – é utilizada por Tomás de Vilanova Monteiro Lopes, igualmente marcada pelo direito francês.⁸⁸

No entanto, em virtude da equivocidade do vocábulo *execução*, acredita-se que o termo autoexecutoriedade cumpre sua função linguística com mais propriedade.

1.3.4. Executoriedade imprópria: crítica

Determinados doutrinadores, a exemplo de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, procedem a uma classificação da autoexecutoriedade, distinguindo, de um lado, a imprópria (ou parcial), verificada quando a formação do título jurídico couber à Administração, porém sua execução depender de intervenção da autoridade judiciária,⁸⁹ e, de outro, a executoriedade

⁸⁵ Vasco Pereira da SILVA expõe quadro significações para execução: (i) representa a mera produção de efeitos, a exemplo do ato de revogação; (ii) a execução envolve um comportamento da Administração, como se passa com o ato que concede uma subvenção; (iii) execução no sentido de uma “boa vontade passiva” da Administração, no âmbito dos atos permissivos referente aos particulares; (iv) execução dependente de um comportamento do particular. *Em busca do acto administrativo perdido*, pp. 503-505.

⁸⁶ O termo tutela está comumente associado à relação de controle existente entre a Administração Direta e a Indireta, como assinala Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (*Direito administrativo* p. 69).

⁸⁷ *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, pp. 261 ss. É preciso reconhecer que Seabra FAGUNDES faz ligeiras referências ao termo executoriedade (p. 264, nota 28, referindo-se às lições de Flávio Bauer Novelli).

⁸⁸ “A execução forçada do ato administrativo unilateral” in: *Revista de Direito Administrativo*, pp. 605-608.

⁸⁹ Exemplo da cobrança de impostos, implementação da desapropriação, dentre outros.

própria (ou total), no caso de também a execução do ato dispensar a ingerência do Poder Judiciário.

Ocorre que a figura da executoriedade imprópria fulmina por completo a característica nodal que se empresta à autotutela executória, qual seja, a desnecessidade de intervenção do Poder Judiciário. Ou seja, se a implementação de um ato administrativo depender da manifestação de uma autoridade judiciária, estar-se-á diante da execução judicial.

São as críticas tecidas por Flávio Bauer Novelli:

Não há, outrossim, executoriedade administrativa, porque não há autotutela executiva, se o provimento não se executa coativamente pela própria administração. Assim, a chamada executoriedade imprópria, aquela em que a execução forçada propriamente dita não se realiza mediante um procedimento executivo da administração, não constitui uma espécie do gênero executoriedade administrativa.⁹⁰

Inafastável tal posição, motivo pelo qual não se adota a expressão “executoriedade imprópria”.

⁹⁰ “A eficácia do ato administrativo” in *Revista de direito administrativo*, p. 37.

CAPÍTULO 2. DIREITO COMPARADO. INFLUÊNCIAS NO DIREITO BRASILEIRO

Um trabalho que se pretende como científico não pode desconhecer a peculiaridade dos sistemas jurídicos hodiernos, nem tampouco o regime dos demais países, notadamente os contornos gerais do objeto sobre o qual incide a análise.

Dentre as vantagens de tal metodologia, destaca-se o estudo da influência alienígena sofrida por determinado instituto, abordagem a partir da qual a sua compreensão torna-se mais inteligível. Ou, diversamente, questiona-se, como fez Cretella Júnior, “em que medida, de que modo nosso direito pode aproveitar os modelos consagrados e aceitos por outras Administrações?”.⁹¹ Não se trata de metodologia decorrente de servilismo cultural, mas de precioso instrumento analítico.

A despeito da relevância do direito comparado, imprescindível um debruçamento cauteloso, não alheio a críticas, sobretudo ao se considerar a disparidade dos sistemas jurídicos gerais, assim também dos regimes constitucionais de cada país. Foi a advertência formulada por Celso Antônio Bandeira de Mello, a qual tomamos como premissa.⁹²

Embora represente tema recorrente no âmbito do direito alienígena, sobretudo no sistema europeu-continental, as formulações acerca da executoriedade assumem variadas matizes. Basta verificar que, na Espanha, admite-se procedimento administrativo para proceder à execução fiscal e à desapropriação.⁹³ Por conta disto, o método de investigação a seguir confrontará tanto os sistemas jurídicos pertinentes quanto os regimes jurídicos dos países analisados.

⁹¹ *Direito Administrativo Comparado*, p. 17. CRETELLA JÚNIOR exemplifica com o instituto da entidade autárquica, acolhido no direito brasileiro já em 1930 e cuja inspiração adveio da realidade italiana. Trata-se, logo, de um “modelo importado” (ibid., p. 17).

⁹² “É preciso cuidado, pois, para não incidir no equívoco – frequente entre nós – de falar do Direito alienígena, abeberado em doutrinadores europeus, imaginando que as lições neles ensinadas à vista dos respectivos sistemas constitucionais têm aplicação possível em nosso Direito, e – mencionando-os ou não – transplantar conceitos exógenos que não se afinam com a Lei Magna do País” (*Curso de Direito Administrativo*, p. 104)

⁹³ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. (*Direito administrativo ordenador*, p. 107).

2.1. Sistema europeu-continental (base romanística)

De início, convém ressaltar que o surgimento e a consolidação do Direito Administrativo deram-se, sobretudo, no âmbito do sistema europeu-continental, em virtude da contribuição, especialmente, do direito francês, bem como dos direitos italiano e alemão.⁹⁴ Previamente à análise de cada um, imprescindível uma breve verificação acerca das características que permitem a sua aglutinação em um sistema jurídico particular.

A pertinência a um mesmo sistema jurídico reflete a adoção parelha de institutos e conceitos, bem assim de classificações, técnicas e metodologia analítica.⁹⁵ Somam-se a isso os elementos históricos⁹⁶ e ideológicos.⁹⁷

Especificamente em relação ao sistema continental-europeu, igualmente conhecido como sistema romano-germânico, múltiplos os critérios apontados pela doutrina.

Um dos traços agregadores consiste, para além da inspiração no direito romano, na estruturação de seus institutos a partir do direito privado. Nesse sentido é que assumem figura destacada, já no século XIX, os direitos (ou subsistemas) francês e italiano, verdadeiros sistematizadores das lições privatistas à luz do neonato Direito Administrativo.

A referenciabilidade é traço marcante de tal sistema. Significa que o direito privado é parâmetro analítico obrigatório para a construção da dogmática jurídica, motivo pelo qual os diversos institutos jurídicos de Direito Administrativo são sistematicamente cotejados com as figuras civilistas.

Ocorre que tal critério, *per se*, se apresenta como insuficiente. Para tanto, basta verificar, como será analisado adiante de maneira mais pormenorizada, que o sistema anglo-saxão igualmente assume como referencial o direito privado.

A questão é saber se tal relação se apresenta de forma parelha ou se, ao contrário, é marcada por uma falta de equiparação. Ocorre que tal aspecto remete à própria compostura de legalidade a qual se submete a Administração Pública. Em outras palavras, é a forma pela

⁹⁴ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, pp. 1-11.

⁹⁵ Cf. CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo comparado*, pp. 123-124.

⁹⁶ Sobre o elemento histórico, v. Jean RIVERO. *Curso de Direito Administrativo Comparado*, pp. 67-8).

⁹⁷ O fator ideológico tem gerado debates no âmbito do direito comparado. Acerca dele, René David destaca sua relevância, considerando-o, inclusive, “o mais importante” (*apud* José CRETELLA JÚNIOR, *ibid.*, p. 126). Já para Jean RIVERO, a sistematização por ideologias representa um critério insuficiente (*ibid.*, pp. 62-5).

qual se estrutura o Estado de Direito, a diretriz para inserir determinado direito no sistema europeu-continental ou no anglo-saxão.

Com efeito, para Hauriou, um dos primeiros autores a investigar a distinção entre tais sistemas, representa critério fundamental para tanto a forma de submissão ao Estado de Direito. Dentre as óticas de sujeição, este autor francês assinala, de um lado, no âmbito do sistema do *common law*, a equivalência entre Poder Público e particulares; por outro, no sistema europeu-continental, a existência de um regime diferenciado aplicável à Administração Pública – o regime administrativo.⁹⁸ Daí a justificativa das derrogações em relação ao direito privado.

Assinala Cretella Júnior:

Prova disso [da referenciabilidade com o direito privado] está na quase totalidade dos juristas franceses, que não definem os institutos administrativos em si e por si, a partir do momento categorial, mas, ao contrário, preferem falar em ‘derrogações’, em ‘exorbitâncias’, em ‘desvios’.⁹⁹

Georges Vedel, acerca do exercício da *puissance publique* pela Administração, já destacava as prerrogativas exorbitantes do direito comum: “por exemplo, o direito de expropriar, de requisitar, de fazer os regulamentos de polícia, de empregar, sob certas condições, a força para a execução de suas próprias decisões”.¹⁰⁰

Não se pode deixar de notar a atualidade de tal correlação, ainda remanescente na doutrina do Direito Administrativo brasileiro. São freqüentes as alusões às prerrogativas dos atos administrativos¹⁰¹, às cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos¹⁰², ao regime diferenciado dos bens públicos, e assim por diante.

⁹⁸ *Précis Élémentaire de Droit Administratif*, pp. 1 e seguintes.

⁹⁹ *Direito administrativo comparado*, p. 124.

¹⁰⁰ *Droit Administratif*, p. 19. “Il suit de là que l’Administration détient des prérogatives exorbitantes du droit commun: par exemple, le droit d’exproprier, de réquisitionner, de faire des règlements de police, d’employer, sous certaines conditions, la force pour l’exécution de ses propres décisions”.

¹⁰¹ Salienta Hely Lopes MEIRELLES: “Os atos administrativos, como emanção do Poder Público, trazem em si certos atributos que os distinguem dos atos jurídicos privados e lhes emprestam características próprias e condições peculiares de atuação”. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 161).

¹⁰² Cláusulas exorbitantes, nas lições de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, são “aquelas que não seriam comuns ou que seriam ilícitas em contrato celebrado entre particulares, por conferirem privilégios a uma das partes (a Administração) em relação à outra”. *Direito Administrativo*, p. 267).

Como assinalado por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,

O Direito Administrativo se considerou ramo jurídico de exceção porque derogava, nas relações entre a Administração Pública e os administrados, ou entre seus próprios órgãos, o direito comum, isto é, o direito privado, em particular o Direito Civil, uma vez ditas relações passavam a ser regidas por ele, como novo sistema jurídico, formado de normas autônomas, de direito público.¹⁰³

Importante destacar, como fez Georges Vedel, que as derrogações de direito comum assumem duplo aspecto, vale dizer, tanto em relação às prerrogativas que enseja, quanto no tocante às sujeições decorrentes.¹⁰⁴ Verifica-se, com isto, uma perfeita identificação com o regime jurídico-administrativo, consubstanciado nos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade do interesse público pela Administração.

2.1.1. Direito Francês

2.1.1.1. Panorama geral

Considerado o berço do Direito Administrativo, a ponto de ser elevado a verdadeiro sistema,¹⁰⁵ foi no âmbito do direito francês que este ramo jurídico assumiu, no século XIX, pioneira autonomia. Tamanha relevância do direito francês pode ser constatada pela sua influência e repercussão nos direitos administrativos da Itália, Alemanha, Espanha, Portugal, bem assim dos países latino-americanos.

Conforme as lições de Georges Vedel,¹⁰⁶ o regime administrativo francês comporta quatro princípios essenciais. De um lado, relacionados às prerrogativas da Administração, encontram-se (i) o princípio da separação das autoridades administrativas e judiciárias, fundamento do contencioso administrativo adotado naquele país, bem como (ii) o princípio concernente ao regime particular dos atos administrativos, de que decorrem o poder de tomar decisões executórias e as prerrogativas dos contratos administrativos. De outro, atinentes às

¹⁰³ *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 95.

¹⁰⁴ *Droit Administratif*, p. 19.

¹⁰⁵ CRETELLA JÚNIOR tece críticas a essa categorização. Assinala que o “direito francês não é um sistema, no sentido amplo, rigoroso e técnico que aqui estamos atribuindo ao termo. É um direito ou, quando muito, em subsistema”. *Direito administrativo comparado*, p. 130.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 59.

sujeições, vislumbra-se (iii) o princípio da legalidade, que submete a atuação da Administração ao direito, e (iv) o princípio da responsabilidade do poder público, que impõe a reparação dos danos causados pelo Estado.

Todos estes princípios, de uma forma ou de outra, em maior ou menor grau, estão relacionados ao atributo da autoexecutoriedade.

Do primeiro, originário de uma concepção peculiar do princípio da separação entre os poderes, extraiu-se a regra que interdita aos tribunais judiciais conhecer os litígios administrativos. Como salientado por Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, em análise histórica acerca da relação entre função administrativa e jurisdicional adotada na França, diferentemente do modelo inglês de separação dos poderes, “la Asamblea [Constituyente], sin embargo, interpreto la ‘separación’ en el sentido de que quedaba vedado a los jueces interferir en absoluto el funcionamiento de la Administración, en una palabra, enjuiciarla”.¹⁰⁷

A matriz histórica de tal desconfiança em relação aos juízes advém do período pré-revolucionário, em que o denominado Parlamento exerceu as funções jurisdicionais. Órgão constituído por magistrados, verificou-se durante certo tempo uma maciça ingerência nos assuntos reais, baseada em um amplo controle das decisões administrativas, sobretudo aquelas que repercutiam sobre os particulares, então súditos. Haja vista a influência das novas filosofias políticas e, igualmente, dos interesses da classe burguesa em franca ascensão, a intenção evidente era limitar o poder do monarca, cingir-lhe as esferas e os modos de atuação. Até então entendido como absoluto e impassível de controle, à atuação real somente se contrapunha a sua própria vontade. Com a atuação do Parlamento, deu-se uma verdadeira limitação à atuação do monarca, não sendo incomum o entendimento de que neste período se deu um verdadeiro “governo de juízes”.

Ocorre que os revolucionários, agora detentores do poder, maldisseram a experiência anterior do Parlamento, de tal sorte que foi expressamente afastada a possibilidade de controle da Administração pelo Judiciário. Invocando a conhecida expressão “julgar a Administração é ainda administrar”, a opção foi nitidamente separatista. Daí a origem do contencioso-administrativo francês, que, aliás, durante sua fase inicial (entre 1789 e 1799), era desprovida

¹⁰⁷ *Curso de Derecho Administrativo*, p. 510.

de órgão autônomo, de modo que “o julgamento dos litígios administrativos era remetido para os próprios órgãos da Administração activa”.¹⁰⁸

Assim, com a reconhecida intenção de afastar a experiência dos Paramentos do Antigo Regime, os constituintes revolucionários propugnaram liberarem o poder executivo dos condicionamentos judiciais.¹⁰⁹

A par de tal concepção negativa do princípio, pende outra, de cunho positivo, atributiva de uma atuação independente da Administração. “Es explícita, como se habrá visto, la intención de dispensar a la Administración de la necesidad de obtener mediante un proceso una tutela judicial a sus pretensiones y derechos, apoderándola para una actuación autónoma, expeditiva y jurídicamente suficiente”.¹¹⁰ Esta a noção que cercou e justificou a atuação administrativa, inclusive pelo exercício da coação, sem qualquer intervenção do Judiciário.

O segundo princípio fundamenta de maneira mais explícita a autoexecutoriedade, vez que esta representa, como amplamente reconhecido, um atributo do ato administrativo. A própria terminologia francesa – *décision exécutoire* – evidencia isto. De acordo com Georges Vedel, “entre as prerrogativas de poder público que dispõe a Administração, a mais característica é sem dúvida aquele poder de tomar decisões executórias, é dizer, de fazer nascer unilateralmente obrigações e eventualmente direitos em proveito ou a cargo de terceiros sem o consentimento destes”.¹¹¹ E continua: “Esta prerrogativa que porta também o nome de prerrogativa de ação de ofício é claramente exorbitante do direito comum”.

Inolvidável a relevância do princípio da legalidade no âmbito do Direito Público. O próprio nascimento do Direito Administrativo é contextualizado no Estado de Direito. “Nada semelhante àquilo que chamamos de Direito Administrativo existia no período histórico que precede a submissão do Estado à ordem jurídica”.¹¹²

¹⁰⁸ Vasco Pereira da SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido Perdido*, p. 29. Seabra FAGUNDES igualmente abordou a causa histórica de tal desconfiança pelo Judiciário observada na França, país em que, “por muito tempo, os partamentos, corpos judiciários, se puseram em luta contra o poder real e os intendentes (órgãos locais da Administração), embaraçando certas reformas administrativas que foram tentadas. A Revolução de 1789 veio encontrar a opinião pública prevenida, em consequência desses fatos, contra a ingerência dos corpos judiciários nos negócios administrativos. Sob essas influências, exclui a legislação revolucionária qualquer possibilidade de contato entre os Poderes Executivo e Judiciário (...)”. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 150.

¹⁰⁹ Cf. Eduardo García de ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNANDÉZ. *Curso de Derecho Administrativo*, p. 511. No mesmo sentido aponta Georges VEDEL, *Droit Administratif*, pp. 63-64.

¹¹⁰ Eduardo García de ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNANDÉZ (*Ibid.*, p. 504). A despeito de tal passagem representar uma análise do derradeiro período do Antigo Regime, a peculiaridade do princípio francês de separação dos poderes manteve tal estrutura de exercício do poder.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 155.

¹¹² Cf. BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* p. 47.

Com base na relação de subordinação com a lei, a atuação da Administração Pública, qualquer que seja ela, merece tratamento jurídico próprio. Na medida em que a execução forçada do ato administrativo representa uma das formas de atuação mais contundentes do Poder Público, necessária a sua submissão à ordem jurídica.

Aliás, tal particularidade da coação administrativa – um dos cometimentos mais incisivos da Administração – impõe a aplicação do princípio da responsabilidade estatal, entendido como a “obrigação jurídica do Estado de deixar imune de qualquer dano ao patrimônio particular atingido por sua conduta”.¹¹³

A própria superação da teoria da irresponsabilidade deu-se em um contexto de intensificação da ação estatal, com o incremento das áreas de atuação e do poder de seus meios.

2.1.1.2. Terminologia

Inexistente, no bojo da doutrina administrativista francesa, qualquer consenso referente à terminologia dos vocábulos comumente associados à executoriedade. Reina, com efeito, um quadro heterogêneo sobre o preciso significado das expressões *privilège du préalable*, *privilège d'action d'office* e *exécution forcée*. A própria noção central do regime jurídico administrativo francês, a de *décision exécutoire*, tem sido objeto de controvérsias.

Para Maurice Hauriou, a Administração Pública, a par de titularizar o exercício de uma função, detém prerrogativas de *puissance publique*. Isto se evidencia tanto na dimensão declaratória da decisão executória quanto na dimensão de sua própria execução, esta denominada de *privilège d'action d'office*, “que permite aos administradores públicos de exercerem seus direitos por um procedimento extra-judicial rápido e vantajoso”.¹¹⁴

Para este mesmo autor, “a prerrogativa de ação de ofício consiste no poder que pertence à administração de executar ela mesma as decisões que toma, sem passar pela intermediação de um juiz”.¹¹⁵ Verifica-se que Hauriou se refere também à noção de *privilège*

¹¹³ Cf. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, p.254.

¹¹⁴ *Précis élémentaire de droit administratif*, p. 8.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 233. “La prérogative de l'action d'office consiste dans le pouvoir qui appartient à l'administration d'exécuter elle-même les décisions qu'elle prend, sans passer par l'intermédiaire d'un juge et cela alors même que l'exécution de la décision intéresse des tiers”.

du préalable como a prerrogativa que permite a imposição de obrigações sem a necessidade de um título judicial.¹¹⁶

Já para Waline, verifica-se uma confusão entre as noções, vez que, segundo este autor, há uma sinonímia entre *privilège du préalable* e o *privilège de l'exécution d'office*.¹¹⁷

Georges Vedel, também se valendo da noção de decisão executória, equipara-a, como visto, à noção de *prérogative d'action d'office*.¹¹⁸ Trata-se, segundo este autor, da imposição unilateral de direitos e obrigações aos particulares, sem o consentimento destes.

Em seguida, Vedel trata de desvincular a concepção de *décision exécutoire* da noção de *exécution forcée*, vale dizer, da execução pelo uso da força.¹¹⁹ Efeito jurídico essencial da decisão executória consiste na modificação unilateral do ordenamento jurídico, do que não decorre, necessariamente, o emprego da força. Exemplifica com a nomeação de um funcionário, ato cujo primeiro efeito é o de criar direitos e obrigações, sendo que tal efeito é adquirido independentemente do problema da execução forçada. Ademais, existem atos que não prescindem de uma execução material, porém sem qualquer recurso à força, v.g. a exoneração de um agente público.

Observe-se, no cotejo entre as lições acima, uma alteração substancial de entendimento. Como já dito, a formulação de Hauriou sobre execução forçada propunha uma relação de imanência com a noção de ato administrativo.¹²⁰ Já para Vedel inexistente tal vinculação, porquanto representa atributo inerente ao ato tão-somente, a unilateralidade, excluída desta categoria a sua execução forçada, meramente contingente.

Jean Rivero, em seu estudo sobre os efeitos da decisão executória, assinala que a situação jurídica criada unilateralmente pela Administração, previamente a qualquer

¹¹⁶ Cf. CHAPUS René. *Droit administratif général*, p. 477.

¹¹⁷ Cf. Juan Carlos Cassagne (*Derecho Administrativo*, p. 238) e José CRETILLA JÚNIOR (*Do Ato Administrativo*, p. 90).

¹¹⁸ *Droit Administratif*, p. 155.

¹¹⁹ *Ibid.*, pp. 181-182. Pondera o autor: “Ce serait une erreur de croire que, par définition, une décision exécutoire peut être exécutée par la force” (p. 181).

¹²⁰ Tal formulação também pode ser verificada em Stassinopoulos, para quem o ato “possui, desde o seu nascimento, uma força executória que dá à Administração a faculdade de proceder ao que se chama ‘acção direta’, quer dizer que o acto se torna executório a partir do facto de ter sido correctamente emitido” (*Traité des Actes Administratifs*. Apud Vasco Pereira da SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, p. 498). Observe-se, contudo, que não se trata de entendimento predominante no âmbito dos autores franceses clássicos. Como assinala Vasco Pereira da SILVA, Lefferrière entendia como “*décision exécutoire*” aquela que “produz unilateralmente efeitos”, desvinculada, portanto, da noção de execução forçada (*Ibid.*, p. 498, nota 1).

pronunciamento judicial, consiste no *privilège du préalable*.¹²¹ De tal sorte que se impõe, *per se*, um novo status jurídico ao particular atingido por tal decisão.¹²²

Já a execução da decisão executória – vale dizer, a tradução em fatos da situação jurídica criada – pode consistir, em dadas situações, no manuseio da coação. Para tanto, cabível que a própria Administração proceda em substituição ao particular, hipótese alcunhada como *execution d’office (privilège d’action d’office)*. Remanesce, igualmente, em caso de obrigação pessoal, que a atuação do Poder Público incida diretamente na pessoa do particular resistente, constringendo-o. Trata-se da *execution forcée*.¹²³

André de Laubadère, Jean-Claude Venezia e Yves Gaudemet igualmente procedem à distinção entre as noções de *privilège du préalable* e *privilège de l’exécution d’office*. A primeira prerrogativa significa a “possibilidade que tem a administração de tomar *decisões executórias*” de tal modo que “se encontra dispensada, para realizar seus direitos, de se dirigir previamente a um juiz”.¹²⁴ A segunda representa a “faculdade que tem a administração, quando tomou uma decisão executória, de realizar ele mesma a execução pela coação, pondo em movimento a força pública contra o particular recalcitrante”.¹²⁵

Não se pode deixar de notar que se verifica, modernamente, o repúdio de certos doutrinadores franceses em relação à expressão *décision exécutoire* proposta por Hauriou, muito em função da equivocada correlação que faz transparecer. À terminologia francesa do ato administrativo impositivo de obrigações públicas não deve estar entranhada a noção de

¹²¹ A tradução portuguesa da expressão “*privilège du préalable*” é controversa. Tornou-se mais utilizada em Portugal a expressão “benefício da execução prévia” (cf. assinalam Rogério Ehrhardt e Vasco Pereira da SILVA). Vasco Pereira da SILVA, no entanto, prefere a conversão para “privilégio da decisão prévia”. Este mesmo autor, justificando o uso em detrimento daquela expressão corriqueira, assinala: “a doutrina francesa contrapõe esse princípio ao da execução forçada ou oficiosa (*‘privilège de l’exécution d’office’*) – esse sim poder de ‘execução prévia’, uma vez que se refere ao exercício de poderes de execução coactiva por parte da Administração -, distinguindo-se claramente os poderes decisórios da Administração dos seus poderes executivos” (*Em busca do acto administrativo perdido*, p. 501, nota 2). Já Rogério Ehrhardt Soares (tradutor da obra de Jean Rivero) utiliza “privilégio de autoridade”, assinalando que a expressão francesa confere um enfoque, “embora muito defeituosamente”, à autoridade pública da decisão administrativa (*Direito Administrativo*, p. 116, nota 18a). No Brasil, Odete MEDAUAR utiliza “privilégio do preliminar” (*Auto-executoriedade do ato administrativo*. In: *Boletim de Direito Administrativo*, p. 516). Manifestamos predileção, vez que mais precisa, pela expressão adotada por Vasco Pereira da SILVA (*privilégio da decisão prévia*).

¹²² *Direito Administrativo*, pp. 116-117.

¹²³ *Ibid.*, p. 119. RIVERO assinala expressamente em tal passagem que “a jurisprudência parece não diferenciar” tais noções. A bem da verdade, de um modo geral, também a doutrina não diferencia as expressões “*exécution d’office*” e “*exécution forcée*”, ambas significando o procedimento de execução coercitiva. Assim, constituem exceção as lições de Rivero, podendo-se assinalar também Sirat, que insere a “*exécution forcée*” no contexto de uma execução regulada por lei e em virtude do descumprimento pelo administrado, diferentemente da “*exécution d’office*”, típica das situações de urgência (Cf. GOMES, Carla Amado. *Contributo para o estudo das operações materiais da administração pública e do seu controlo jurisdicional*, pp. 48-49, nota 59).

¹²⁴ *Traité de Droit Administratif*, tomo 1, p. 769.

¹²⁵ *Ibid.*.

sua execução. Evidencia isto a existência das distintas fases de declaração da situação jurídica e de execução do comando que encerra. A primeira sempre se faz necessária, sob pena de inexistência mesma da decisão. Já a segunda pode sequer ser verificada, no caso muito comum, por exemplo, de cumprimento da decisão pelo particular.

Ademais, as condições jurídicas que justificam a execução forçada da *décision exécutoire* podem, a depender da concepção adotada, fulminar a relação de imanência que esta expressão transparece. Sem contar que a própria acepção do vocábulo “execução” é fonte permanente de equívocos.¹²⁶

Neste sentido encontra-se René Chapus, para quem, se de um lado, “assume importância capital o fato de a Administração deter o poder de tomar decisões”, de outro, “o fato de que estas decisões, ou algumas delas, serão executórias tem um interesse secundário”.¹²⁷ Eisenmann igualmente combate a noção “*décision exécutoire*”, conforme destacado por Carla Amado Gomes.¹²⁸

O quadro doutrinário referido explica a preferência de determinados autores pelas expressões *décision* (sem qualquer adjetivação), a exemplo de Chapus, ou *décision unilatérale*, conforme Benoît.¹²⁹

A despeito disto, como visto, doutrinadores do porte de Vedel, Rivero e Laubadère ainda se valem da clássica denominação, associando-a, contudo, à unilateralidade da decisão. O próprio Conselho de Estado, em diversos julgados (a exemplo do *arrêt Huglo*, 1982), entendeu que o caráter executório das decisões administrativas representa a regra fundamental do direito público.¹³⁰

¹²⁶ V. Vasco Pereira da SILVA (*Em busca do acto administrativo perdido*, pp. 503-5), que distingue quatro sentidos de execução dos atos administrativos.

¹²⁷ *Droit Administratif Général*, p. 479.

¹²⁸ *Contributo para o estudo das operações materiais da administração pública e do seu controlo jurisdicional*, p. 62-3.

¹²⁹ *Le Droit Administratif Français*, p. 507.

¹³⁰ Cf. CHAPUS René. (*Droit administratif général*, p. 479). O próprio autor, no entanto, contextualiza o entendimento do Conselho de Estado, afirmando: “il faut comprendre que cette règle fondamentale est celle qui permet à l’administration de décider en édictant des obligations ou des interdictions ou en conférant des droits, sans avoir à saisir préalablement un juge de ses prétentions”.

2.1.1.3. Condições para o exercício da executoriedade

Os autores também divergem, muito embora em menor grau, acerca das condições para o exercício da executoriedade. De um lado, verifica-se entendimento que atribui uma imanência ao atributo, assumindo a condição de verdadeiro princípio.

A própria noção de *décision exécutoire*, adstrita ao regime do ato administrativo, encerra a idéia imanente de execução da decisão expedida. Basta verificar a definição de decisão executória proposta por Hauriou: “é toda declaração de vontade que visa a produzir um efeito de direito, emitido por uma autoridade administrativa (inserida na hierarquia ou na tutela administrativa) de uma forma executória, é dizer, em uma forma que acarrete a execução de ofício”.¹³¹

De outro lado, em formulação doutrinária prevalecente, vislumbra-se como uma verdadeira exceção a atribuição administrativa de executar suas próprias decisões valendo-se da força, sem necessidade de recorrer previamente à via judicial. Inexistente, portanto, qualquer princípio nesse sentido.

Trata-se de relevante entendimento que superou o anterior, de tal sorte que se tem como acentuado o caráter garantístico referente ao particular, como pondera Georges Vedel, em lição que reproduzimos:

A Administração tem o direito de usar a força pública de que é titular para executar suas decisões, ao encontro dos administrados recalcitrantes?

(...) De uma parte, a execução forçada acarreta, regra geral, o atingimento dos direitos fundamentais (liberdade individual, propriedade, inviolabilidade do domicílio etc); ora, constitui princípio em uma sociedade civilizada que tais atentados não podem ser implementados senão sob controle e com a autorização judicial.¹³²

Verifica-se, com efeito, na doutrina francesa hodierna, entendimento que afasta uma relação necessária entre o ato administrativo e a sua execução forçada. Aquele detém como característica imanente a unilateralidade, vale dizer, a criação, pela Administração, de uma situação jurídica ao particular. Já a execução forçada representa nota contingente, presente

¹³¹ *Précis élémentaire de droit administratif*, p. 242. O entendimento adotado por Maurice HAURIOU mereceu expressa menção por Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO (*Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 616) e Eduardo García de ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNANDÉZ (*Curso de derecho administrativo*, p. 785).

¹³² *Droit Administratif*, p. 182.

apenas em alguns atos (aqueles que criam obrigações públicas aos particulares) e somente exercitável em condições jurídicas bem definidas.

Assim, o que se verifica é a existência de limites, notadamente a dependência de previsão legal, de um texto expresso que autorize a Administração a executar moto próprio os atos que expeça. Outrossim, salientam-se outras hipóteses, fora da subsunção legal, que legitimariam o exercício da executoriedade, a exemplo da situação de urgência. De toda sorte, mesmo nestes casos, a relação com a lei é marcante, na medida em que se apresenta como impensável um ordenamento que não empresta às leis medidas eficaciais.

Nesse sentido encontram-se Georges Vedel,¹³³ Jean Rivero,¹³⁴ Francis Bénoit,¹³⁵ André de Laubadère,¹³⁶ dentre outros.

Imagina-se comumente que a regra geral represente que todo ato administrativo unilateral seria executório por si mesmo (...).

A realidade é toda outra. O princípio geral que se poderia formular, depois da análise do direito positivo, seria, de preferência, que nenhuma execução forçada é possível sem um texto expresso que a preveja¹³⁷.

Paradigmático o *arrêt Société immobilière de Saint-Just*, que sistematizou as condições do recurso à coação. Este caso foi submetido ao Tribunal de Conflitos no ano de 1902, em hipótese que discutia a repressão a uma congregação religiosa cujo funcionamento não foi autorizado pelo Estado, em função de uma lei do ano anterior.

O caso mereceu a análise do Comissário de Governo Romieu, que estabeleceu como via normal de execução das decisões administrativas a judiciária.¹³⁸

Porém, em certas hipóteses, legítima a execução pela via administrativa. Elas foram dispostas conforme uma regra e duas exceções. São elas:

(i) A regra impõe que a atuação da Administração represente um comportamento expressamente previsto em lei.

¹³³ *Droit Administratif*, pp. 182-4.

¹³⁴ *Direito administrativo*, pp. 119-21.

¹³⁵ *Le droit administratif français*, pp. 553-60.

¹³⁶ *Traité de droit administratif*, pp. 770-72.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 553.

¹³⁸ “L’idée essentielle est que l’administration ne doit pas, en principe, exécuter de force ses propres décisions; c’est l’emploi de sanctions pénales, prononcées par le juge répressif, avec toutes les garanties que comporte la procédure pénale, qui doit assurer normalement l’exécution des actes administratifs” (Marceau LONG, Prosper WEIL, Guy BRAIBANT, Pierre DELVOLVÉ e Bruno GENEVOIS. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, p. 64). Assim também Georges VEDEL (*Ibid.*, pp. 182-183).

(ii) Excepcionalmente, situação que autoriza a execução administrativa é a inexistência de sanção penal¹³⁹ para a conduta desobediente, desde que o ato executório tenha fundamento legal.¹⁴⁰

(iii) Igualmente a título excepcional, em situações de urgência.

Em todas estas hipóteses, a executoriedade está submetida a limitações gerais, quais sejam, a medida deve ser implementada ao estritamente necessário, bem com a Administração exerce a executoriedade sob sua conta e risco.¹⁴¹

Algumas observações sobre este *arrêt*.

A despeito da longa data em que foi expedido, seus contornos gerais prevalecem até hoje na França.¹⁴² Basta verificar que diversas obras de Direito Administrativo, hodiernas ou não, fazem alusão ao aresto.

No entanto, apesar do prestígio que ainda detém no cenário doutrinário francês, não se encontra imune a críticas.

Carla Amado Gomes, após expor o pensamento de H. Berthélemy, jurista do início do século passado (ao tempo da edição do *arrêt*, portanto), assinala para um paradoxo embutido nas conclusões de Romieu. De acordo com este autor francês, a primeira hipótese excepcional acima verificada (possibilidade da execução pela via administrativa na ausência de lei, em caso de inexistência de qualquer outro meio, bem como de base legal habilitante do ato decisório) fulmina por completo a regra geral (necessidade de expressa previsão legal).

Isto porque o requisito da inexistência de qualquer outro meio (leia-se, de sanção penal, civil ou administrativa) simplesmente não merece aplicação, porquanto se estaria embaralhando o meio de atuação executivo com o meio de atuação sancionatório. “A execução tem por fim a reposição da legalidade, a sanção visa infligir um castigo em virtude do incumprimento”, de tal modo que “podem coexistir sanção e execução, legalmente

¹³⁹ Posteriormente, houve extensão do entendimento para as sanções civis e administrativas (cf. *arrêt Commune de Triconville*, 1909; *arrêt Anduran*, 1925). A doutrina contemporânea menciona, com base nisso, a inexistência de qualquer “voie de droit” (cf. CHAPUS, *Droit administratif général*, p. 1.134; LAUBADÈRE, VENEZIA E GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, pp. 770-771).

¹⁴⁰ Observe-se que a doutrina costuma não se referir expressamente a esta condição suscitada por Romieu, simplesmente indicando a inexistência de qualquer via de direito. No entanto, como apontam Marceau LONG, Prosper WEIL, Guy BRAIBANT, Pierre DELVOLVÉ e Bruno GENEVOIS – *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, p. 67 -, além da ausência de “sanction légale”, “il faut que l’opération administrative pour laquelle l’exécution est nécessaire ait as source dans un texte de loi précis”, vale dizer, o “acte administratif à exécuter soit pris en application d’un texte législatif précis”.

¹⁴¹ Cf. VEDEL, Georges. *Droit Administratif*, p. 184.

¹⁴² Eduardo García de ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, p. 785. Para Carla Amado Gomes, trata-se de verdadeiro *leading case* referente ao tema no âmbito do Direito Francês.

previstas, uma vez que têm finalidades diferentes”.¹⁴³ Daí a conclusão parcial de que a ausência de qualquer outro meio não implica a autorização para execução administrativa.¹⁴⁴

Ora, a inaplicabilidade deste requisito faz remanescer, na condição de único, o outro: a base legal habilitante do ato decisório. Ou seja, bastaria uma norma disciplinar, a expedição de determinado ato para legitimar a sua execução. Trata-se da teoria da *décision exécutoire*, tal qual concebida por Hauriou.

Deste modo, o que inicialmente se apresenta como uma regra (necessidade de previsão legal para a execução administrativa), torna-se exceção, de tal maneira que, “ao cabo e ao resto, a concepção francesa só aparentemente é restritiva do privilégio da execução prévia”,¹⁴⁵ equiparando-se às lições da doutrina alemã, italiana e espanhola (v. adiante).

Segundo tais críticos, somente desta forma se explica o fato de que Hauriou, idealizador da teoria da *décision exécutoire*, tenha acatado o aresto *Société immobilière de Saint-Just*, aceitando as conclusões de Romieu.¹⁴⁶

Aliás, diante das hipóteses tidas por excepcionais, notadamente a primeira acima vista, percebe-se outra reflexão havida por certos autores franceses, no sentido de se questionar qual representa a regra e qual a exceção, se a execução judicial ou administrativa.¹⁴⁷ Assinala Eisenmann:

Finalmente la Administración descubrirá poseer los poderes en cuestión para una parte considerable de sus actos, quizá para la inmensa mayoría; pero ésta será la consecuencia no de una regla de principio, sino de reglas concordantes, particulares, dirigidas cada una a un grupo más o menos amplio de actos o hipótesis: estas reglas pueden ser sobre todo reglas legislativas, a las que vienen a añadirse algunas reglas jurisprudenciales. Si tal es la situación, tendremos en suma el derecho a presentar este ‘privilegio’ como regla general (...).¹⁴⁸

Em capítulo próprio, serão analisadas as hipóteses deste aresto francês, à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁴³ Cf. GOMES, Carla Amado. *Contributo para o estudo das operações materiais da administração pública e do seu controlo jurisdicional*, p. 54.

¹⁴⁴ No mesmo sentido, aponta Carla Amado GOMES (*ibid.* p. 54, nota 75), encontram-se Afonso Rodrigues Queiró (*Coacção administrativa*, pp. 443) e Gracia Trevijano-Fos (*Los actos administrativos*, p. 374).

¹⁴⁵ Cf. GOMES, Carla Amado Gomes (*ibid.*, p. 56).

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 47.

¹⁴⁷ Cf. BENACHES, Mercedes Lafuent. *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la Administración pública*, p. 28.

¹⁴⁸ *Cours de Droit Administratif*. Apud Mercedes Lafuentes Benaches, *ibid.*, p. 28, nota 25.

2.1.2. Direito alemão

2.1.2.1. Panorama

Em relação às características observadas na França, a influência do direito privado no âmbito do direito administrativo alemão se deu de maneira mais acentuada e permanente. A própria teoria do fisco que lá se observou demonstra uma peculiar situação em que a participação da Administração nas relações envolvendo o patrimônio público não afastava a incidência do direito civil.¹⁴⁹

Uma explicação plausível para tanto consiste, ao contrário da ruptura observada no direito francês, no lento e gradual desenvolvimento do Direito Administrativo germânico, muito em função do tecnicismo científico-doutrinário predominante na consolidação deste ramo jurídico, bem como da tardia unificação político-administrativa dos Estados alemães (consolidada formalmente em 1870).¹⁵⁰

Evidentemente, a repercussão perene do direito privado não eclipsou o surgimento e a evolução do direito público. Dadas relações envolvendo o Estado não poderiam ser regidas pelas disposições civilistas, sob pena de atentado à própria ordem pública. Como ressaltado por Fritz Fleiner, “cada vez que el Estado atiende los asuntos administrativos en calidad de Poder superior, de soberano, se hace inaplicable el Derecho privado. Entonces existe, entre sujetos jurídicos desiguales, una relación que necesita un Derecho especial, a saber: el Derecho público”.¹⁵¹ Este autor alemão aponta como suas características principais a disposição unilateral e o poder coercitivo contido implicitamente nesta.

Como se vê, predominou na Alemanha uma singular coexistência entre direito público e privado. “Las normas según las cuales la Administración pública vive, pertenecen en parte al Derecho privado y en parte al Derecho público”.¹⁵² A bem da verdade, tal configuração

¹⁴⁹ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella., *Direito administrativo*, pp. 8-9. Assinala Harmut MAURER, acerca da teoria do fisco, “o particular tem de, segundo isso, sem dúvida, aceitar as intervenções do monarca em seus direitos adquiridos ou jurídico-naturalmente fundamentados, mas podia, dado o caso, pedir indenização do fisco, que foi pensado como pessoa jurídica independente, jurídico-privada ao lado do monarca soberanamente ativo”. *Direito Administrativo Geral*, p. 15.

¹⁵⁰ Cf. ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 10.

¹⁵¹ *Instituciones de Derecho Administrativo*, p. 40.

¹⁵² Cf. FLEINER, Fritz. (*Ibid*, p. 39).

jurídica se observa até hoje, porquanto em determinados âmbitos da Administração se aplica, exclusiva ou alternativamente, o direito privado.¹⁵³

Destaque seja dado ao jurista Otto Mayer, cujo pioneirismo metodológico e influência perene na doutrina alemã têm feito de suas lições uma referência. Pelas lições de Mayer é que o Direito Administrativo alemão se desvinculou de maneira mais acentuada do Direito Civil.¹⁵⁴ E até hoje as suas lições são evocadas, como ressalta Hartmut Maurer.¹⁵⁵

2.1.2.2. Coação administrativa

Inserido em um contexto histórico de Estado liberal, o estudo da execução administrativa se deu no âmbito exclusivo do exercício do poder de polícia. A análise procedida por Otto Mayer gira na órbita do termo “coação”, adotado de maneira maciça e uniforme pela doutrina alemã que se seguiu.

Assume a compostura de gênero a coação de polícia, entendida como a aplicação de meios de força visando a assegurar a execução do dever que encerra o exercício da polícia.¹⁵⁶

A partir da noção de coação de polícia, Mayer procede à distinção entre *execução por coação* e *coação direta*. A primeira representa “el procedimiento regulado con el fin de lograr la ejecución de una orden policial que no ha sido obedecida”.¹⁵⁷ A ordem policial assume, neste contexto, a feição de título executivo, a partir do qual se legitima a utilização da pena coercitiva, da coação por substituição e mesmo do uso da força sobre a pessoa ou sobre os bens do particular.

Assinale-se que Mayer impõe, em lição assemelhada à doutrina e jurisprudência francesas, a abstenção do uso da força quando outros meios de coação bastem ou quando uma pena policial possa produzir o efeito desejado.¹⁵⁸

Já a segunda modalidade de coação consiste na utilização direta da força, sem nenhum intermediário, incidente sobre o fato contrário à polícia. Assim, o único meio da coação direta representa o uso da força.

¹⁵³ Cf. MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*, p. 42.

¹⁵⁴ Cf. ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*, p. 11.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 19

¹⁵⁶ Otto MAYER, *Derecho Administrativo Aleman*, p. 113.

¹⁵⁷ *Ibid.*.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 135.

A despeito de as lições de Otto Mayer sobre a função administrativa serem marcadas pela nota da legalidade,¹⁵⁹ o exercício da execução por coação, na medida em que constitui uma decorrência da ordem policial expedida ao particular, representa uma imanência ao regime do ato administrativo. A correlação entre ato administrativo e sentença judicial evidencia tal aspecto. Cada qual, representando uma manifestação de poder do Estado, detém uma eficácia que lhe é inerente. De tal modo que a norma disciplinadora do conteúdo de determinado ato, carrega em si um potencial eficaz consistente em sua execução forçada.

O autor ressalta, no entanto, a necessidade de correspondência entre a execução forçada e o conteúdo do ato expedido; aquela deve representar um desdobramento exato, no plano fático, desta declaração. Somente assim pode-se conceber a desnecessidade de específica previsão legal acerca do exercício da coação.

Assinala Mayer que

todas das decisiones y comprobaciones que se derivan en línea directa de la continuación de la orden son, por eso mismo, válidas y eficaces. Es posible que las regulen y restrinjan las prescripciones expresas de la ley. Con respecto a esto, no hay nada que sea jurídicamente necesario. Se necesita un fundamento legal nuevo sólo en el caso de imponer al individuo, a causa de su desobediencia, algo más o diferente de lo que está contenido en su obligación de obedecer, sobre todo en el caso en que la coacción toma el carácter de una pena.¹⁶⁰

Tanto assim que a coação por substituição, para o autor alemão, prescinde de autorização legal, vez que “no impone carga nueva para inducir indirectamente a que se cumpla la obligación; se limita a realizar lo que en virtud a la orden dada se debe ya realizar”.¹⁶¹ Já a imposição de uma sanção, um dos meios da execução por coação, exige expressa previsão normativa, vez que representa uma carga não inserida no conteúdo do ato.

Fritz Fleiner assume igual entendimento.

Puesto que toda orden de la autoridad está provista por naturaleza de poder coactivo, para la ejecución forzosa de sus decretos la autoridad sólo necesita autorización especial de la ley cuando para la obtención forzosa de una prestación debida, pretenda dar disposiciones que comparadas con el mandato, originario resulten de más amplio alcance o de carácter distinto.¹⁶²

¹⁵⁹ *Derecho Administrativo Aleman*, p. 15. Para Otto MAYER, “La administracion es la actividad del Estado para realizar sus fines, bajo su orden jurídico”.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 115.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 126.

¹⁶² *Instituciones de derecho administrativo*, pp. 174-175.

Vale salientar que a jurisprudência germânica, de um modo geral, ainda se vale da posição doutrinária clássica segundo a qual o poder de execução forçada prescinde, muitas vezes, da lei. Assinala Erichsen, acerca disto, que “tudo aquilo que uma autoridade administrativa pode ordenar, com base no seu poder, também pode ser imposto, se necessário, através do uso da força pública”.¹⁶³

De acordo com Hartmut Maurer, pressuposto genérico para a execução, qualquer modalidade que assuma (de dívida ativa ou de obrigações de fazer, não fazer ou tolerar), constitui a “existência de ato administrativo como título executivo”.¹⁶⁴ “Somente quando e à medida que a administração está autorizada a determinar pretensões jurídico-administrativas por ato administrativo, entra em consideração uma execução jurídico-administrativa”.¹⁶⁵ Deste modo, de acordo com Maurer, a autorização legislativa é referente à expedição da declaração da qual emana a obrigação administrativa. Daí decorre, como posposto necessário, a execução do ato. Tanto assim que, na ausência de autorização legal, “deve a autoridade – como o cidadão – recorrer aos tribunais, obter uma sentença executável e ordenar a execução dessa sentença (título)”.¹⁶⁶

A despeito da controvérsia, relevante salientar que se verificam no direito alemão limites quanto à execução forçada, tanto em relação ao momento em que se torna cabível, predominando o entendimento de que a impugnabilidade representa critério para definição do seu termo *a quo*, quanto no tocante à validade do ato que lhe serve como título executório, de tal sorte que dos atos administrativos nulos não se pode extrair qualquer coação.¹⁶⁷

Posição contrária é detida por Ernst Forsthoff, que parte da diferença entre coação imediata (resulta da necessidade de imediata atuação administrativa, sem uma disposição previamente anunciada ao interessado) e coação administrativa (representa meio de eficácia do ato administrativo que institui deveres ao particular).

Em relação a esta última, inexistente uma norma jurídica geral que autorize o manuseio da execução forçada pela Administração. O exercício da coação pressupõe um título específico concreto. “Por conseguinte, la Administración tiene que estar autorizada por una norma jurídica cada vez que trata de aplicar la coacción”.¹⁶⁸

¹⁶³ *Apud* Vasco Pereira da SILVA. *Em busca do acto administrativo perdido Perdido*, p. 493, nota 3.

¹⁶⁴ *Direito administrativo geral*, p. 565

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ Cf. SILVA, Vasco Pereira da., *ibid.*, p. 495.

¹⁶⁸ *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 392.

Igualmente Wolff e Otto Bachof, que fazem depender a execução forçada de expressa previsão legal.¹⁶⁹

Ocorre que não se podem olvidar as consequências decorrentes da experiência traumática do nazismo, período em que a Administração hitlerista fez ouvidos moucos às garantias individuais de um Estado de Direito. A maior delas foi a afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana pela Lei Fundamental de Bonn (1949), documento a partir do qual se consolidou o entendimento de que a relação entre Estado e particulares deve sofrer rígidos condicionamentos por meio da vinculação à Constituição e à lei.

Neste contexto que surgiu a Lei de Execução Administrativa, de 27 de abril de 1953, ou seja, vinte anos antes da edição da própria Lei de Procedimento Administrativo, de 25 de maio de 1976. Neste ínterim, sobreveio a lei que rege a coação imediata, de 10 de março de 1961. Observe-se que os estados federados alemães detêm normas próprias.

A norma referida de execução administrativa aparta, de uma banda, o procedimento referente à dívida ativa e, de outra, a coação administrativa de obrigações de fazer, não fazer e suportar.

Pelo primeiro, processa-se a execução administrativa sobre o patrimônio do particular devedor, com possibilidade de penhora pela autoridade pública. Pelo segundo, verifica-se a coexistência de três meios de execução por coação: (a) execução substitutiva; (b) pena coercitiva e (c) uso da força.

Relevante instrumento de controle da execução coativa administrativa consubstancia a conferência de efeito suspensivo automático às ações de anulação dos atos administrativos, ressalvados os atos de polícia e os impositivos de tributos, bem assim qualquer situação em que, mediante alegação da Administração, haja necessidade de eficácia imediata do ato.¹⁷⁰

Assim, no direito alemão o exercício da prerrogativa da execução coercitiva via administrativa está precisamente disciplinado por lei específica, que estabelece seus pressupostos e os meios de efetivação.

¹⁶⁹ *Apud* Vasco da SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido Perdido*, p. 493, nota 2.

¹⁷⁰ Carla Amado GOMES, *Contributo para o estudo das operações materiais da administração pública e do seu controlo jurisdicional*, p. 58.

2.1.3. Direito italiano

2.1.3.1. Panorama

O direito administrativo italiano, no estágio inicial de sua formação, sofreu marcante influência francesa, como atesta Renato Alessi.¹⁷¹ Neste período, verifica-se acentuada inspiração nos esquemas, sistemas e princípios de direito privado, o que evidencia a pertinência ao sistema europeu-continental.

Posteriormente, observaram-se as lições hauridas, sobretudo, da Escola Alemã, com a aquisição de um caráter rigorosamente científico e com o abandono gradual dos princípios do direito privado.¹⁷²

Acerca do regime jurídico administrativo italiano, Alessi assinala a coexistência, por um lado, de uma supremacia jurídica geral da Administração Pública, vez que titular de um poder soberano (poder de império) frente aos particulares, e, por outro, de limites a tal potestade. Conforme as lições do jurista, sobre a compostura geral de tal regime:

En las modernas formas de Estado rige el principio de que el Derecho objetivo debe regular toda exteriorización de la vida y de la actividad estatal, por lo que el poder de imperio del Estado no puede concebirse como un mero poder de hecho, basado en una mera relación de fuerza, en una prevalencia de hecho, sino como un poder jurídico, es decir, como un poder fundado en el Derecho objetivo y ejercitado dentro de los límites señalados por el Derecho.¹⁷³

Como se nota, representa peculiaridade do direito administrativo italiano, conforme lição de José Cretella Júnior, o “equilíbrio e maturidade com que combina, em síntese perfeita, os pontos positivos da Escola Alemã e da Escola Francesa”.¹⁷⁴

¹⁷¹ *Instituciones de Derecho Administrativo*, tomo I, p. 20-21.

¹⁷² *Ibid.*, p. 22.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 181.

¹⁷⁴ *Direito administrativo comparado*, p. 135. No mesmo sentido ensina Maria Sylvia Zanella DI PIETRO: “(...) o direito italiano conseguir uma ‘feliz harmonia’ entre as duas tendências opostas verificadas no direito francês e no direito alemão; o primeiro apegou-se excessivamente ao caso concreto tal como estudado pela jurisprudência; e o segundo pecou pela excessiva abstração e distanciamento da realidade”. *Direito Administrativo*, p. 11.

2.1.3.2. Executoriedade. Autotutela executiva

Dentre as formas de expressão do poder de império encontram-se os institutos da executoriedade do ato administrativo e da autotutela da Administração, dos quais decorrem, dentre outras, a prerrogativa da Administração de proceder por si (ou seja, sem ter que recorrer aos órgãos do poder jurisdicional) a imposição coativa da vontade administrativa; a inadmissibilidade de obstáculos, jurídicos ou materiais, que se possam opor por parte do particular ou de outras autoridades, à execução coativa da decisão administrativa; a potestade de execução de ofício, à custa do obrigado, relacionada a obras fungíveis, com a possível prerrogativa acessória de fazer uso da força contra o particular que resista, quando a execução deva cumprir-se sobre bens de sua propriedade; a potestade de empregar a coação material para a prestação de determinadas atividades não fungíveis, a fim de impedir o exercício de determinadas atividades.¹⁷⁵

Na doutrina italiana clássica predomina o termo *esecutorietà*, no sentido de execução coativa do ato pela própria Administração, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário.¹⁷⁶ Para Guido Zanobini, representa

una especial manifestación de la eficacia de los mismos [actos administrativos], por lo cual ellos, cuando imponen deberes y retrições a los particulares, pueden ser realizados aun contra su voluntad por los órganos directos de la administración, sin que sea necesaria la previa intervención de la acción declarativa de órganos jurisdiccionales.¹⁷⁷

Buscando aprimorar o conceito, Giuseppe Chiovenda associou a executoriedade com as pretensões jurídico-administrativas, afastando-a da noção de ato administrativo. Para o autor italiano, o “equívoco se deve ao fato de que habitualmente as pretensões administrativas, antes de serem executadas, concretizam-se num acto administrativo formal”.¹⁷⁸ É o mesmo entendimento de Cammeo.¹⁷⁹

¹⁷⁵ Cf. ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*, p. 207-208.

¹⁷⁶ Cf. CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*, p. 37.

¹⁷⁷ *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, p. 373.

¹⁷⁸ *Lezioni di Diritto Amministrativo*. Apud Vasco Pereira da SILVA. *Em busca do ato administrativo perdido*, p. 508.

¹⁷⁹ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 415.

Guido Zanobini assinala uma diferença entre “*esecutorietà*”, nos termos acima visto, e *esecutività*, “propria de cualquier acto administrativo en cuanto significa la condición del acto que puede ser efectuado”.¹⁸⁰

Contudo, não se trata mais de vocábulo sobre o qual incide consenso na Itália. Introduzido pelo inaugural estudo de Umberto Borsi (*L'esecutorietà degli atti amministrativi*, datado de 1901), foi adotado por autores do porte de Cammeo, Ranelletti, Cino Vitta, Santi Romano, Zanobini, dentre outros. A partir das lições de Benvenuti, no entanto, a noção foi objeto de questionamentos e de reformulações, advindo a de autotutela administrativa.

Assim é que Massimo Severo Giannini, acatando expressamente as lições de Benvenuti, assinala uma substituição do vocábulo *esecutorietà*, tradicionalmente relacionada com a noção de ato administrativo (*provvedimento*), pelo termo “autotutela”. No mesmo sentido, conforme expõe Giannini, encontram-se, a par do pioneiro Benvenuti, Sandulli e Cassese.¹⁸¹

De tal modo que a “perspectiva do poder de autotutela corresponde, hoje, à orientação reinante no direito italiano”.¹⁸²

Evidentemente, subjaz à adoção de nova terminológica uma mudança na própria concepção do instituto. Assim, no que se refere ao fundamento de aplicação da execução administrativa, igualmente se pode perceber uma gradual alteração.

Para Borsi, o atributo da executoriedade decorre do caráter soberano da função administrativa, prescindindo de autorização legislativa.¹⁸³

Raneletti, citado por Seabra Fagundes, entende que a execução forçada administrativa funciona como princípio geral, inerente ao conceito de Poder Público, prescindindo, portanto, de lei. “A lei pode intervir somente para regular e limitar o exercício”.¹⁸⁴

¹⁸⁰ *Curso de derecho administrativo*, p. 373. José CRETILLA JÚNIOR acata a distinção entre executoriedade e executividade, nos termos do autor italiano. *Do Ato Administrativo*, p. 92. Também Juan Carlos Cassagne (*Derecho administrativo*, pp. 37-38). Ricardo Marcondes MARTINS igualmente assinala a diferenciação procedida por ZANOBINI (*Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo*, p. 543, nota 4).

¹⁸¹ *Diritto amministrativo*, p. 831.

¹⁸² Vasco Pereira da SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, p. 512.

¹⁸³ Cf. GOMES, Carla Amado. *Contributo para o Estudo das Operações Materiais da Administração Pública e do seu Controlo Jurisdicional*, p. 42.

¹⁸⁴ *Le guarentigie*. Apud Seabra FAGUNDES. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 267, nota 31.

Entendimento oposto já assumia Cammeo, a partir do entendimento de que o manuseio da força física não poderia ser acolhido *a priori*. Vez que consistente em uma restrição à liberdade pessoal, o exercício da autotutela pressupõe expressa previsão legal.¹⁸⁵

Esta a visão, aliás, que vem prevalecendo no âmbito da doutrina italiana, fruto da evolução acima referida.

Benvenuti, partindo da distinção entre autotutela declarativa e executiva, afirma que esta “é admitida, no nosso ordenamento jurídico, apenas nos casos expressamente previstos e não é ampliável nem pela via da dedução de quaisquer princípios, nem da integração analógica”.¹⁸⁶

Da mesma forma Aldo Sandulli, referido por Agustín Gordillo:

la ejecutoriedad (poder de autotutela que habilita la ejecución forzada en propia sede) no es un atributo de todos los actos administrativos. En un ordenamiento basado sobre el principio de legalidad (es destacado es nuestro), el privilegio de la coercibilidad, independientemente de un pronunciamiento de la autoridad judicial, con relación al deber impuesto a los administrador, no puede ser reconocido a la administración fuera de los casos en que la ley (expresa o implícitamente) lo concede.¹⁸⁷

Por fim, como aponta Carla Amado Gomes, para Sabino Cassese a estreita relação entre a autotutela executiva e os direitos fundamentais justifica a necessidade de que a atuação coercitiva da Administração Pública na esfera jurídica dos particulares se faça com base em autorização legal expressa.¹⁸⁸ Assinale-se que inexistente na Itália, diferentemente do quanto observado na Alemanha, Espanha e Portugal, uma disciplina normativa geral sobre o exercício da execução via administrativa.

¹⁸⁵ Cf. GOMES, Carla Amado. *Contributo para o Estudo das Operações Materiais da Administração Pública e do seu Controlo Jurisdicional*, p. 42.

¹⁸⁶ *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. IV, p. 539. *Apud* Vasco Pereira da SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, p. 509.

¹⁸⁷ *Manuale di diritto amministrativo*. *Apud* Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo*, pp. V-31.

¹⁸⁸ *Contributo para o Estudo das Operações Materiais da Administração Pública e do seu Controlo Jurisdicional*, pp. 68-69.

2.1.4. Direito espanhol

2.1.4.1. Panorama

Dentre as influências por que foi marcado o direito espanhol, sobrepõe-se a francesa, sobretudo em relação à configuração da separação entre os poderes. Como assinalam Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, a própria configuração do contencioso-administrativo espanhol evidencia tal recepção, marcada pela acentuada separação entre Administração e Justiça, sempre evocada pelo princípio *jurer l'administration c'est encore administrer*.¹⁸⁹

Mesmo com a jurisdicionalização do contencioso-administrativo (segunda metade do século XIX), a partir da qual se conferiu uma maior imparcialidade na tomadas das decisões envolvendo o Estado, o sistema aludido de apartação, embora mitigado, manteve-se.

2.1.4.2. Terminologia

O direito espanhol também se valeu inicialmente das noções francesas *privilège du préalable*, *privilège d'action d'office* e *execucion forcée*. E de maneira semelhante ao direito francês, no âmbito do qual, como visto, inexistia uma precisão terminológica das expressões, reina no cenário doutrinário da Espanha igual controvérsia.

Tanto assim que se manifesta Ramón Parada, de um lado, acerca da indistinção dos termos executividade, executoriedade, privilégio de decisão executória, ação de ofício e autotutela executiva.¹⁹⁰

Para Entrena Cuesta, sob uma perspectiva adjetiva, por intermédio da executividade o ato se presume legítimo e constitui título suficiente para execução, de modo que não é necessário o processo de cognição. A ação de ofício, ou execução forçada, faculta à Administração a realização material do conteúdo do ato em caso de resistência do obrigado, pelo que se prescinde de um processo de execução. “Ambos privilegios, aunque la

¹⁸⁹ *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, p. 513.

¹⁹⁰ *Derecho Administrativo*, vol. I, p. 148.

terminología es muy variada, suelen condenarse en el denominado privilegio de ejecutoriedad de los actos administrativos”.¹⁹¹

Jesús González Pérez afirma que a ação de ofício representa o privilégio detido pela Administração de executar os seus próprios atos em caso de resistência do particular sobre o qual incidiu o comando administrativo. Já a decisão executiva consiste em uma etapa prévia. Trata-se da prerrogativa de imposição unilateral do ato mesmo, tornando-se desnecessária, para tanto, a promoção de processo judicial de declaração.¹⁹²

Já para Garrido Fala uma parcela da doutrina aponta diferenças entre os vocábulos, nomeadamente entre executoriedade e executividade. Enquanto esta significa a qualidade que detém o ato administrativo de produzir efeitos, remanescendo em todos eles, aquela constitui a possibilidade da Administração de executar o ato por si mesma, inclusive com o manuseio da coerção.¹⁹³

No entanto, atento à “confusión terminológica que reina em esta materia”, propõe Garrido Fala:

Es posible que la mayor parte de las imprecisiones que se observan en la distinción de ambos conceptos [ejecutividad e ejecutoriedad] arranque cabalmente de la analogía fonética entre las denominaciones que se asignan a cada uno. Pudiera ser, por tanto, conveniente abandonar en absoluto el empleo del término ejecutoriedad, que por otra parte, no tiene albergue en el Diccionario de la Lengua española. Si en su lugar se habla de ejecución forzosa o acción de oficio, se habrá ganado no sólo desde el punto de vista gramatical, sino incluso desde el punto de vista técnico, puesto que del examen de un pretendido carácter objetivo de los actos administrativos habremos desplazado la cuestión a su lugar adecuado: el estudio de una especial prerrogativa – punto de vista subjetivo – de la Administración pública, la de pasar por sí misma, sin intervención previa de los Tribunales, a la ejecución forzosa de sus actos, incluso empleando la coacción.¹⁹⁴

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, ao analisarem com propriedade a relação entre Administração e Tribunais, partem inicialmente de uma justificativa histórica, adstrita à interpretação francesa do princípio da separação entre os poderes. Na medida em que, ainda na fase pré-revolucionária, as atividades de administrar e

¹⁹¹ *Curso de Derecho Administrativo*, p. 529.

¹⁹² *Derecho procesal administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 2ª edição, 1966, tomo I, pp. 104-105.

¹⁹³ *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, pp. 462-463, nota 19. Evoca GARRIDO FALA as lições de Rodríguez Moro e Sayagués Laso, que procedem à distinção aludida, indicando como provável inspiração a formulação do italiano Zanobini.

¹⁹⁴ *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, p. 466.

julgar decorriam de uma “misma substancia soberana”,¹⁹⁵ não havia porque aquela se submeter a esta. Explicam que “sus respectivos decisiones, a través de esa identidad de origen y de la unidad indivisible de la soberania personalizada en el Monarca, de quien una y otros son igualmente delegados, han de tener, por consiguiente, idéntico rango y validez”.¹⁹⁶

Esta noção, ao contrário do que se poderia imaginar, manteve-se praticamente intacta com a revolução, fundamentando o contencioso-administrativo, bem como as noções de *privilège du préalable* e *privilège d'action d'office*.

Contudo, para Enterría e Fernández, tal justificativa histórica não merece o peso de outrora, haja vista a consolidação do Estado de Direito, pela qual a Administração representa uma organização integralmente subordinada à lei. Ademais, a própria separação entre os poderes tem perdido seu caráter absoluto.

Assim, explica-se a relação entre as duas funções estatais por intermédio do *sistema de autotutela*. “La Administración está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del *statu quo*, eximiéndose de este modo de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial”.¹⁹⁷ Fundamento material para tanto seria a necessidade de encarecer a atuação expedita e eficaz da gestão dos serviços e assuntos públicos.

Enterría e Fernández procedem à distinção, de um lado, da autotutela declarativa e, de outro, da executiva. A primeira está associada ao *privilège du préalable*, significando a prerrogativa de decidir previamente a toda intervenção judicial, de sorte que a decisão emanada da Administração vincule à obediência. A segunda estreita-se com o desdobramento, no plano fático, da declaração expedida. Trata-se da execução forçada, correspondente exato da terminologia francesa (*execucion forcée*). Pode igualmente a autotutela executiva se prestar ao exercício direto da força, sem prévio título formal, situação de que decorre a chamada coação direta. Em ambas as hipóteses, prescinde-se do órgão judicial.

Salientam estes autores espanhóis que a autotutela (declarativa e executiva) não representa uma condição objetiva referida ao ato, mas uma qualidade subjetiva imputável ao sujeito. Tanto assim que a coação administrativa não se limita ao plano da execução do ato, mas encontra uma de suas manifestações mais características, como visto, na coação direta ou

¹⁹⁵ *Curso de derecho administrativo*, p. 505.

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 515.

imediate, consistente na aplicação direta da força, sem o intermédio de um ato declarativo prévio. Daí repelirem o princípio da executoriedade do ato administrativo.

2.1.4.3. Direito positivo

O direito espanhol conta, desde o ano de 1958, com uma lei de procedimento administrativo que disciplina de maneira específica a fase executória. A solução legislativa apontava para um reconhecimento geral da prerrogativa de execução administrativa forçada.¹⁹⁸

Tal disciplina foi mantida com a Lei de Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum (LPA), Lei n.º 30, de 26 de novembro de 1992 (modificada pela Lei n.º 4, de 13 de janeiro de 1999). Reza o seu artigo 95:

Las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la Ley, o cuando la Constitución o la Ley exijan la intervención de los Tribunales.

A adoção de tal cláusula geral de execução forçada não se apresentou imune a críticas, na medida em que há um crescente entendimento de oposição à vulgarização da executoriedade. Assinalam Enterría e Fernández que a legislação procedimental espanhola adota uma “simplificación excesiva, impulsada por la técnica codificada de la LPA, que parece justificar calificaciones generales, y la falta de una vivencia profunda del papel central del juez, há llevado una potenciación injustificada de los poderes administrativos”.¹⁹⁹

O Tribunal Constitucional Espanhol, contudo, reconhece expressamente a constitucionalidade do sistema de autotutela. A doutrina costuma evocar um julgado de 1984, posteriormente ratificado por outras decisões, no âmbito do qual se destaca o princípio da eficácia.²⁰⁰

¹⁹⁸ Dispunha o artigo 102 da lei: “La Administración pública, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrá proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo cuando por Ley se exija la intervención de los Tribunales”.

¹⁹⁹ *Curso de derecho administrativo*, p. 785.

²⁰⁰ Cf. ENTERRÍA e FERNÁNDEZ (*ibid.*, p. 537). V. tb. Mercedes Lafuente Banaches (*La ejecución forzosa de los actos administrativos por la administración pública: Fundamento constitucional e régimen jurídico*, p. 38). Assinala o julgado: “Es verdad que el artículo 117.3 de la Constitución atribuye al monopolio de la potestad jurisdiccional, consistente en ejecutar lo decidido, a los Jueces y Tribunales establecidos en las Leyes, pero no es

Apesar de tal contorno, não se pode olvidar que a LPA prestigia determinados aspectos que acabam por limitar o exercício da execução forçada. Ressaltamos o princípio da “nulla executio sine titulo” (estampado em seu artigo 93), bem assim o princípio da notificação prévia da execução (conforme o artigo 95) e o da proporcionalidade (artigo 96).

2.1.5. Direito português

2.1.5.1. Cenário doutrinário

Compreendida como um “poder paralelo ao Judiciário”, a Administração, para além da prerrogativa de tomar decisões obrigatórias para os particulares, pode, em caso de sua não observância por estes, impô-las coercitivamente.²⁰¹ Tal poder da Administração, conforme as lições de Marcello Caetano, é compreendido como “privilégio de execução prévia”.²⁰²

Já a executoriedade representa o “atributo dos actos administrativo que obrigam por si e estão em condições de ser imediatamente executados pelo uso de referido privilégio”.²⁰³ Daí a noção que extrai de ato administrativo executório, “eco de ‘décision exécutoire’”.²⁰⁴

Duas observações sobre as definições apontadas por Marcello Caetano.

Em primeiro lugar, como admitido pelo próprio autor, verifica-se a adoção de um sentido lato de executoriedade, vez que abarca tanto a obrigatoriedade da decisão exarada quanto a possibilidade de sua execução administrativa. Na medida em que imbrica tais noções, não haveria como se chegar a outra conclusão senão a de que o ato administrativo pode ser, como regra geral, objeto de execução coercitiva via administrativa. Evidente, neste compasso, a influência de Hauriou sobre as lições do jurista português.

Em segundo lugar, há uma distinção, a nosso ver sem qualquer utilidade, entre o privilégio de execução prévia, que se “manifesta noutros campos da acção administrativa”,

menos cierto que el artículo 103 reconoce como uno de los principios a los que la Administración pública ha de atenerse el de eficacia”.

²⁰¹ Cf. CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*, p. 447.

²⁰² *Ibid.*, p. 448.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ Cf. GOMES, Carla Amado. *Contributo para o Estudo das Operações Materiais da Administração Pública e do seu Controlo Jurisdicional*, p. 75.

representando um poder da Administração, e a executoriedade, circunscrita aos atos administrativos, com fundamento naquela prerrogativa.

A doutrina portuguesa também se vale da noção de autotutela declarativa, consistente na “definição obrigatória do que é direito em determinada situação ou relação jurídico-administrativa concreta (...) sem necessidade de se dirigir aos tribunais”, assumindo os contornos de um verdadeiro título executivo.²⁰⁵ No âmbito do conceito expressam-se a imperatividade e a executividade. A primeira representando o estabelecimento unilateral de uma situação jurídica; a segunda, a aptidão para fundar uma atividade executiva, administrativa ou judicial, expressando a função tituladora do ato administrativo.

Ressalte-se que a “executividade do acto administrativo traduz-se só nisso, na sua aptidão executiva ou para execução, mas não significa que ele possa fundar uma execução (coactiva ou não) por meios administrativos. Esta é questão que se coloca já num segundo momento, no âmbito da autotutela executiva da Administração”.²⁰⁶

Da mesma forma, como etapa sucessiva à fase declaratória, surge a adoção da concepção autotutela executiva, que legitima a execução, coativa ou não, por meios administrativos.

Perceba-se que a noção unitária que detinha Marcello Caetano foi progressivamente apartada, pela doutrina subsequente, nas fases declaratória e executória, o que representou um considerável aperfeiçoamento analítico quanto ao instituto *sub analise*.

Em seu manual, Diogo Freitas do Amaral destaca, de uma parte, o princípio da autotutela declarativa, por meio do qual a Administração pode criar, modificar ou extinguir situações jurídicas referentes a terceiros, “com plena força obrigatória e independentemente de qualquer decisão judicial”;²⁰⁷ e, de outra, o princípio da autotutela executiva, igualmente denominada privilégio da execução prévia, que permite a execução coativa das decisões tomadas em caso de recalcitrância do particular.

No que se refere ao pressuposto da execução via administrativa, Marcello Caetano a insere como uma decorrência da imperatividade, uma consequência do poder soberano independente de que goza a Administração. Inicialmente Afonso Rodrigues Queiró detinha o mesmo entendimento, sobretudo em função da Constituição de 1976, que expressamente

²⁰⁵ Cf. Mário Esteves de OLIVEIRA, Pedro COSTA GONÇALVES e Pacheco de AMORIM. *Código de Procedimento Administrativo comentado*, p. 699.

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ *Curso de Direito Administrativo*, p. 478.

consagrou o ato executório.²⁰⁸ No entanto, posteriormente, em revisão à sua posição, cedeu às exigências da legalidade, somente admitindo a execução coercitiva diante de autorização normativa.²⁰⁹

Esta última posição foi sufragada por outros autores, a exemplo de Sérvulo Correia, Rui Machete, Maria da Glória Ferreira Pinto, e, mais recentemente, por Carla Amado Gomes²¹⁰ e Vasco Pereira da Silva.²¹¹

2.1.5.2. Direito positivo

Em meio à polêmica verificada no cenário doutrinário português, sobreveio o Código de Procedimento Administrativo (CPA), Lei n.º 32, de 20 de junho de 1991, considerado por Diogo Freitas do Amaral um dos mais importante instrumentos inseridos no âmbito da reforma estrutural do Direito Administrativo daquele país.²¹²

Dentre as inúmeras inovações ressaltadas por este autor, destaca-se, no grupo dos “principais deveres ou sujeições impostos aos particulares”, a “consagração legal expressa (...) do chamado *privilégio da execução prévia*, e a regulamentação genérica do seu exercício”.²¹³

De acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 149.º do CPA, que consagra o termo “executoriedade”:

O cumprimento das obrigações e o respeito pelas limitações que derivam de um acto administrativo podem ser impostos coercitivamente pela Administração sem recurso prévio aos tribunais, desde que a imposição seja feita pelas formas e nos termos previstos no presente Código ou admitidos em lei.

²⁰⁸ Cf. GOMES, Carla Amado. (*Contributo para o estudo das operações materiais da administração pública e do seu controlo jurisdicional*, pp. 77-78). O artigo 269.º/2, da Constituição portuguesa de 1976, garantia o recurso contencioso dos atos administrativos definitivos e executórios. Ressalta a autora, no entanto, que este dispositivo “deve ser entendido como uma alusão à necessidade de que o acto seja eficaz para que dele se possa interpor recurso contencioso (...) e não como uma consagração de uma característica essencial dos actos administrativos” (*Ibid.*, pp. 80-81).

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 78, nota 174. A autora se refere ao texto de QUEIRÓ (*Coacção administrativa*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. II), no qual o autor destaca as restrições a direitos e liberdades individuais como fundamentos superiores à exigência da vinculação positiva ao princípio da legalidade.

²¹⁰ *Ibid.*, pp. 74 e seguintes. Carla Amado GOMES traça um amplo quadro das posições doutrinárias em Portugal. Após as lições de Rogério Soares (1978), o primeiro autor que se rebelou contra o entendimento de Marcello Caetano, seguiram-se Sérvulo Correia (1982), Maria da Glória Ferreira Pinto (1982), Rui Machete (1987), dentre outros. No entanto, ainda sob a influência dos cânones tradicionais encontram-se Diogo Freitas do Amaral, Maria Lúcia Amaral, Esteves de Oliveira e Jorge Miranda.

²¹¹ *Em busca do acto administrativo perdido*, pp. 542 e seguintes.

²¹² *Última lição: A evolução do direito administrativo nos últimos 50 anos*, p. 22.

²¹³ *Ibid.*, p. 25 (itálico no original).

Acerca deste preceito, em cotejo com as concepções doutrinárias do direito português,²¹⁴ Diogo Freitas do Amaral esclarece que os autores do projeto do CPA entenderam como inconvenientes as propostas mais extremistas: a concepção tradicional, com matiz autoritário, “conferia poderes excessivos à Administração”; já a concepção “ultra-moderna”, de feição liberal, “manietava-a na generalidade dos casos”.²¹⁵

De tal forma que se preferiu uma “solução intermediária”, pela qual “a Administração pode sempre executar coercitivamente os seus actos executórios por via administrativa, mas ao executar só pode fazê-lo pelas formas e nos termos previstos no CPA ou admitidos por outras leis”.²¹⁶ Daí a relevância incontestável do ato executório no âmbito do direito português.

Como se vê, patente a influência do direito alemão e do espanhol sobre a disciplina da execução administrativa deste país. Como ressaltado por Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e Pacheco de Amorim, em comentários ao CPA,

em ordenamentos jurídicos como o alemão e o espanhol, que foram fonte de grande inspiração do nosso legislador e são precedimentalmente dos mais avançados e experimentados, prevalece ainda hoje a ideia da executoriedade ou poder executivo próprio da Administração.²¹⁷

Apesar disto, refutam a própria constitucionalidade do preceito aqueles autores de concepção “ultra-moderna”. Vasco Pereira da Silva assinala que a Constituição portuguesa, no artigo 268.º, n.º 3 e 4, trata de maneira específica da autotutela declarativa, sem qualquer alusão à execução por via administrativa. Incabível seria a evocação do seu artigo 269.º, n.º 2, que trata tão somente dos efeitos do ato, e não de um permissivo para sua execução forçada.

No mesmo sentido Carla Amado Gomes, que assinala, em passagem enfática:

(...) a tendência da doutrina mais moderna é a de confinar o privilégio da execução prévia, qual dinossauro jurídico, ao Parque Jurássico da dogmática administrativa. A ideia de que a Administração pode impor coercitivamente as suas decisões, sem necessitar de prévia autorização dos tribunais

²¹⁴ Vislumbra Diogo Freitas do AMARAL duas posições. Uma mais tradicional, pela qual o “acto administrativo podia ser *sempre* objecto de execução coercitiva por via administrativa, salvas as excepções legais” (*Curso de direito administrativo*, p. 479 – itálico no original). Faz alusão às lições de Marcello CAETANO e Marques GUEDES. Outra, que denomina “*ultra-moderna*”, em que a “execução coercitiva por via administrativa só seria legítima em matéria de *polícia administrativa* e, para além desta, nas hipóteses em que a lei expressamente a autorizasse *caso a caso*” (*ibid.*). Tese perfilhada, como já visto, por Rogério Soares, Sérvulo Correia, Maria da Gloria Ferreira Pinto Dias Garcia, Vasco Pereira da Silva e Carla Amado Gomes.

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ *Código de Procedimento Administrativo comentado*, p. 701.

competentes, começou progressivamente a perder terreno em função da emergência do entendimento da legalidade como uma vinculação positiva da Administração. A Administração encontra-se hoje estreitamente vinculada à Constituição e à lei e a sua acção está limitada pelos princípios da igualdade e de respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos, quadro que não permite a afirmação de qualquer privilégio em relação aos particulares ou a qualquer outro poder do Estado.²¹⁸

Em seguida, questiona se poderia ter sido adotada a fórmula genérica do artigo 149.º, n.º 2, concluindo em sentido contrário, de tal modo que

o princípio do carácter restritivo das restrições, em sede de direitos, liberdades e garantias, obriga a que o legislador feche o espaço de discricionariedade em sede de poder de execução ao máximo, vinculando a Administração à adopção de medidas determinadas a propósito de cada competência decisória específica.²¹⁹

A autora chega mesmo a duvidar que o CPA tenha adotado uma “solução intermediária”, como aduzido por Diogo Freitas do Amaral, consagrando, de “forma camuflada”, o concepção “autoritária” tradicional.²²⁰

No tocante à disciplina do processo de execução forçada, Observe-se que Diogo Freitas do Amaral elenca, no âmbito dos princípios gerais da execução, o da legalidade, no sentido de que o ato impositivo incumprido pelo particular comporta execução pelas formas previstas em lei.²²¹

Assinala, ainda, o princípio do ato administrativo prévio, pelo qual é vedado à Administração realizar a operação material executiva sem estar pressuposta em uma declaração administrativa anterior (*nulla executio sine titulo*); o princípio da proporcionalidade, que impõe a utilização de meios adequados e compatíveis com a finalidade da medida; o da subsidiariedade, através do qual se exige o incumprimento pelo destinatário; e, por fim, o princípio da humanidade, consistente na proibição de violação aos direitos fundamentais.²²²

Os fins e as formas de execução estão genericamente disciplinados pelo CPA, de acordo com os artigos 154.º ao 157.º, que apartam a execução para o pagamento de quantia certa, para a entrega de coisa certa e para a prestação de um fato.

²¹⁸ *Contributo para o estudo das operações materiais da administração pública e do seu controlo jurisdicional*, p. 107.

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ *Ibid.*, pp. 85-6.

²²¹ *Curso de direito administrativo*, p. 481.

²²² *Ibid.*, p. 482.

2.1.6. Direito argentino

2.1.6.1. Cenário doutrinário

A doutrina administrativista argentina é rica em abordagens acerca da executoriedade, inclusive com obras específicas sobre o tema.²²³ A divergência existente atém-se notadamente a dois aspectos.

O primeiro refere-se a uma questão terminológica, não se entendendo os autores quanto às expressões empregadas para descrever o fenômeno da execução pela própria Administração.

Alguns utilizam o termo executividade, sob a justificativa de que a palavra “ejecutoriedad” não figura no dicionário da Real Academia Espanhola.²²⁴

Outros se referem à executividade como característica que torna o ato um título suficiente de execução, noção estritamente relacionada com o privilégio *du prealable*.

Solamente cabría considerar si el pertinente acto administrativo goza de ‘ejecutividad’ en aquellos supuestos en que la Administración pública debe recurrir para llevar a cabo la ejecución de un acto administrativo al órgano judicial, casos en que se obviaría el proceso de conocimiento, con la ventaja además para el órgano administrativo, de disponer de un mecanismo procesal sumaria, limitado y ágil, como es en líneas generales el proceso de ejecución.²²⁵

Outros, ainda, compreendem a executividade como a prerrogativa pela qual o ato administrativo dever ser cumprido, tornando-se exigível. Daí a sinonímia empregada: “exigibilidad” ou “obligatoriedad”, conforme assinala Roberto Dromi.²²⁶

Já o termo executoriedade (“ejecutoriedad”), inspirado do vocábulo italiano “ececutorietá”, constitui noção distinta de executividade. “La ejecutoriedad del acto administrativo significa que la misma Administración por medios propios lo pone en práctica

²²³ Cf. obras de Juan Carlos CASSAGNE (*La ejecutoriedad del acto administrativo*) e Jose Roberto DROMI (*Acto administrativo – ejecución, suspensión y recursos*).

²²⁴ Cf. DIEZ, Manuel María, p. 279.

²²⁵ Cf. CASSAGNE, Juan Carlos. *La ejecutoriedad del acto administrativo*, p. 51.

²²⁶ *Acto administrativo: ejecución, suspensión y recursos*, pp. 18-22.

y lo hace efectivo”.²²⁷ Ou, de acordo com Cassagne, é a “facultad de disponer sin intervención judicial el cumplimiento del acto administrativo”.²²⁸

Observe-se que Cassagne, ao contrário de algumas lições, rechaça a relação necessária entre executoriedade e o cumprimento coativo ou forçado do ato administrativo. Exemplifica com um pedido administrativo indeferido, com atos que ampliam a esfera jurídica dos administrados.

Para ninguno de estos supuestos es necesario acudir al órgano judicial para obtener el cumplimiento del acto, como tampoco se precisa utilizar la coacción para ejecutar el acto administrativo pertinente, por cuanto su cumplimiento se opera por propia virtualidad.²²⁹

Em tal passagem, o autor evidencia a predileção por um sentido mais lato do vocábulo.

Já Linares, afastando expressamente a concepção de Cassagne, adota uma acepção estrita, “ya que finca sua calidad esencial sólo en la coercibilidad directa”.²³⁰

Outro embate marcante no direito argentino refere-se ao enquadramento da executoriedade como princípio ou, ao contrário, como mera contingência do ato administrativo.

De um lado, postam-se os defensores de sua condição de propriedade essencial, vale dizer, da executoriedade como uma qualidade dissociada do ato. Encontram-se nessa condição, dentre outros, Rafael Bielsa, Manuel María Díez, Bartolomé Fiorini e Juan Carlos Cassagne.

De acordo com Bielsa, “de la propia naturaleza de la actividad en la esfera administrativa, y de la finalidad de esa actividad, deriva un atributo inseparable del acto administrativo, y es la ‘ejecutoriedad’ (o fuerza ejecutoria) del mismo”. Representa o atributo uma “particular *vis jurídica*, propia de lacto administrativo”.²³¹ É patente neste autor a inspiração do direito francês, sobretudo das lições de Hauriou.

²²⁷ Cf. DROMI, Roberto. *Acto administrativo: ejecución, suspección y recursos*. pp. 22-23.

²²⁸ *La ejecutoriedad del acto administrativo* p. 52.

²²⁹ *Ibid.*, p. 54.

²³⁰ *Fundamentos de derecho administrativo*, p. 339. Para LINARES, as hipóteses em que a Administração implemento o conteúdo de um ato sem o manuseio da força representa executividade, “vale decir, su *vigencia* o *efetividad*” (p. 340 – itálico no original).

²³¹ *Compendio de Derecho Administrativo*, p. 37.

Bartolomé Fiorini acentua que a executoriedade decorre do princípio de eficácia do ato administrativo, de tal modo que “no proviene de una autorización, ni norma expresa legislativa”.²³²

Para Cassagne, representa fundamento constitucional do princípio da executoriedade, em primeiro lugar, o exercício pelo Executivo, como nota primordial, da função administrativa, caracterizada pela permanência e constância. Assinala igualmente o princípio da separação entre as funções estatais, que restaria obstado na hipótese de se negar à Administração a execução de seus próprios atos. Isso não afasta, de maneira evidente, que haja controle judicial sobre o exercício da função administrativa, base do sistema constitucional argentino. E, por fim, a execução forçada não representa contradição com o sistema constitucional consagrador dos direitos individuais, na medida em que um dos principais limites impostos à atuação administrativa é a necessidade de prévia autorização judicial na hipótese de coação sobre bens e pessoas.²³³

Por outro lado, encontram-se os doutrinadores que negam à executoriedade o caráter de princípio do ato administrativo.

Lição pioneira no direito argentino advém de Juan Franciso Linares, para quem, em item analítico da executoriedade e o Estado de Direito, assinala:

Cuáles son los actos cuya ejecutoriedad es propia y cuáles los que gozan de la impropia [obtida indirectamente por meio dos juízes], se trata de una cuestión de política arquitectónica consumada a través de la Constitución y le la ley. Se trata de una asignación de *competencia*.²³⁴

Na medida em que a execução via administrativa segue tendência oposta às instituições republicanas, porquanto detém viés autoritário, imprescindível a exigência de lei formal que a embase.²³⁵

É o mesmo entendimento de José Roberto Dromi, que expressamente afasta da executoriedade o caráter de princípio ou regra geral. Assume tal instituto um caráter

²³² *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2ª edição, 1976, vol. I, p. 143.

²³³ *Derecho administrativo*, pp. 68-72. Esta “tesis principista” defendida por Cassagne é mantida posteriormente, como expressamente aduzido na 6ª edição de seu manual (*Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 6ª edição, 1998, vol. I, p. 243, nota 66). As lições do autor argentino acerca da executoriedade, apesar de assumirem a posição dita principiológica, devem ser compreendidas em função da ampla acepção da noção adotada por ele. Por conta disto, não se pode imputar ao entendimento de Cassagne uma feição autoritária. Tanto assim que impõe como principal limite ao princípio, como vislumbrado, a necessidade de intervenção do Judiciário em caso de coação contra pessoas ou bens.

²³⁴ *Fundamentos de Derecho Administrativo*, p. 327 (itálico no original).

²³⁵ Cf. LINARES (*Fundamentos de Derecho Administrativo*, p. 330).

meramente contingente do ato, na dependência de precisa autorização legal. Enfatiza que “*la ejecutoriedad necesita de una norma para realizarse, pues no está ínsita en la actividad administrativa*”.²³⁶ Para Dromi, o erro dos autores que assumem posição diversa baseia-se na imprecisão terminológica das categorias jurídicas que manuseiam, confundindo os conceitos de executoriedade e executividade.

Para Agustín Gordillo, a executoriedade representa uma exceção. As condições normais em um Estado de Direito exigem que a execução forçada se dê por intermédio da Justiça.

Cotejando o direito argentino com o francês, afirma que, se na França, no qual predomina o contencioso-administrativo, a execução forçada não constitui regra geral, “lo es con mayor razón en nuestro sistema de división de poderes, donde sólo el juez puede aplicar violencia sobre las personas o las cosas”. E acrescenta: “La función irrenunciable del juez es precisamente controlar la conformidad con el orden jurídico del acto cuya ejecución se le pide”.²³⁷

Na medida em que não constitui uma propriedade da Administração, ou seja, representa sim uma competência especial sua, pondera Gordillo que a configuração da executoriedade somente pode nascer do ordenamento jurídico. Para então concluir que, de acordo com o direito argentino,

si la ley no autoriza expresamente a la administración a ejecutar ella misma el acto, ni tampoco la autoriza implícitamente o hay sanción penal, civil o administrativa por el incumplimiento, entonces simplemente la administración no puede ejecutar el acto de oficio por la coerción, cuando con ello invade derechos de particulares.²³⁸

2.1.6.2. Direito positivo

Assinala Cassagne que o artigo 12 da Lei Nacional de Processo Administrativo argentino (decreto-lei 19.549, de 1972) consagra o princípio da executoriedade do ato administrativo, ao dispor, em sua primeira parte, que

su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios – a menos que la ley o la naturaleza del acto exigiesen la

²³⁶ *Acto administrativo: ejecución, suspensión y recursos*, p. 39 (itálico no original).

²³⁷ *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 3, p. V-30.

²³⁸ *Ibid.*, pp. V-35-36.

intervención judicial – e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario.²³⁹

Discorda de tal opinião Gordillo, para quem se apresenta como incabível um permissivo legal com tal generalidade. Para este autor, citando Rodolfo Barra, plenamente criticável o artigo 12 da LPA, que, veiculando uma redação desafortunada, apresenta como regra o que constitui uma evidente exceção.²⁴⁰

2.2. Sistema anglo-saxão

Originário na Inglaterra, o sistema anglo-saxão posteriormente se expandiu para os países de influência britânica, tais como Irlanda do Norte, Estados Unidos e Austrália.

Também denominado sistema do *common law*, ou *rule of law*, estrutura-se sobre concepções e princípios avessos àqueles típicos do sistema europeu continental.

Uma das características marcantes do sistema anglo-saxão é a submissão de todos ao mesmo direito – ao direito comum (*common law*) –, no âmbito do qual se inclui a Administração Pública, que se rege pelas mesmas normas aplicáveis aos particulares. Desconhece-se, desta feita, um regime tipicamente administrativo, de contornos específicos em relação ao Poder Público.

Influente teórico do direito inglês, Dicey assinala que o sistema do *common law* se assenta sobre a “supremacia do direito comum, a impedir o reconhecimento de privilégios, prerrogativas e poderes discricionários às autoridades administrativas e governamentais”.²⁴¹

Cretella Júnior chega mesmo a indicar que as diferenças essenciais entre o direito inglês e o francês residem em um único ponto: a horizontalidade na relação Administração-particular, observada naquele; e a verticalidade típica deste, justificadora das prerrogativas e privilégios integrantes do regime administrativo.²⁴²

²³⁹ *Derecho administrativo*, p. 243. Em sua segunda parte, preconiza o dispositivo: “Sin embargo, la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público o para evitar perjuicios graves al interesado o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta”.

²⁴⁰ *Tratado de derecho administrativo*, p. V-28.

²⁴¹ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 13.

²⁴² *Direito administrativo comparado*, pp. 26-27.

Conforme Charles Debbash, citado por Cretella Júnior:

A Administração deve cumprir sua missão com as mesmas armas jurídicas que os particulares. A sujeição da Administração a regras aplicáveis às pessoas privadas é mais conforme ao liberalismo, oferecendo garantias de que a Administração não disporá de privilégios exorbitantes.²⁴³

Releve-se que no regime inglês da *rule of law* as potestades públicas são titularizadas pelo legislador e pelo juiz, em detrimento do administrador, que assume, como visto, uma posição parelha ao do administrado.²⁴⁴ Patente o elemento histórico na caracterização de tal peculiaridade, o que pode ser verificado no século XVII,

con la derrota definitiva de las tendencias absolutistas y, por el contrario, se habían adelantado al primer plano los poderes del juez, que, como escudo de la libertad privada, tenía en último extremo que cubrir o garantizar las inmisiones que en esa libertad pretendiesen hacer los agentes ejecutivos.²⁴⁵

Tal situação evidencia uma tradição histórica de desconfiança em relação ao Executivo.

Como se nota, a figura do Judiciário no sistema anglo-saxão é alçada a uma posição de destaque, representando verdadeiro epicentro orgânico do controle de legalidade.

Reflexo disto é o sistema da unidade de jurisdição adotado pelos países de língua inglesa, em detrimento do contencioso-administrativo da Europa-continental. As lides envolvendo a Administração Pública não desfrutam de uma jurisdição própria, particular. “Todos os sujeitos são submetidos às mesmas regras e submetidos aos mesmos tribunais”.²⁴⁶

Diante de tal cenário, na medida em que inconcebível o reconhecimento de um regime tipicamente administrativo, a própria existência de um direito administrativo inglês foi repelida inicialmente, encontrando em Dicey seu mais árduo defensor.²⁴⁷

Evidentemente, conforme assinala Cretella Júnior, se é verdade que no sistema do “common law” já se admite a autonomia de um Direito Administrativo, não menos inequívoco que assume contornos específicos, ainda diversos daqueles do sistema europeu-continental.

²⁴³ *Ibid.*, p. 25.

²⁴⁴ Cf. Charles Debbash. *Apud* José CRETELLA JÚNIOR, *ibid.*, p. 148.

²⁴⁵ Eduardo García de ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, p. 505. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (*Direito Administrativo*, p. 14), citando GARRIDO FALA, “a atividade administrativa era, do século XVI ao XIX, realizada pelos juízes e pelo Parlamento”.

²⁴⁶ Cf. Charles Debbash. *Apud* José CRETELLA JÚNIOR, *Direito administrativo comparado*, p. 148.

²⁴⁷ É conhecida a polêmica instaurada por Dicey e Gaston Jèze.

Os contornos do sistema anglo-saxão, acima vistos, repercutem de maneira incontestável naquilo que se conhece como a executoriedade do ato administrativo.

Ora, se inexistente, como regra geral, a noção de prerrogativas da Administração, se, além disso, o Poder Judiciário assume posição destacada na estrutura estatal, inolvidável que haja um natural repúdio à idéia de coação estatal desvinculada de uma autorização judicial. Conceber a executoriedade no *common law* seria fulminar a relação equiparada (horizontal) entre Administração e particular, sujeitando-se este aos privilégios de atuação daquela.

Dáí que, “segundo a prática anglo-americana, os atos administrativos somente são executados depois da intervenção e aprovação do juiz ordinário”.²⁴⁸ Prevalece a regra da execução judicial para o cumprimento das pretensões administrativas.

Como assinala Mercedes Lafuentes Benaches, acerca do sistema anglo-saxão:

Cuando la Administración pública dicta un acto administrativo y su destinatario lo incumple, ésta solicita del juez que impugna al obligado el cumplimiento de la obligación. Es, pus, la decisión del juez la que impone la ejecución del contenido del acto administrativo incumplido.²⁴⁹

No entanto, em situações excepcionais admite-se a execução forçada pela própria Administração (*summary powers* ou *direct enforcement powers*). São as hipóteses: a) situação de urgência que justifica a ação de ofício em favor da Administração; e b) ação de polícia destinada à persecução e prevenção dos delitos.²⁵⁰

A bem da verdade, a assunção de novas tarefas pelo Estado, bem como a percepção de que se faz necessária, muitas vezes, uma atuação mais incisiva da Administração, vem relativizando a concepção anterior. Este é o contexto da aparição de críticas à formulação de Dicey, sobretudo à afirmação de que Administração e particulares estão submetidos ao direito comum. É o que será visto a seguir.

²⁴⁸ John Clark ADAMS, *El Derecho Administrativo Norteamericano*, p. 43.

²⁴⁹ *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la administración pública: Fundamento constitucional e régimen jurídico*, p. 24.

²⁵⁰ Cf. Eduardo García de ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (*Curso de derecho administrativo*, p. 508). No mesmo sentido expõe Lafuentes BENACHES: “Sólo excepcionalmente la Administración pública puede imponer el contenido de sus decisiones a los particulares y hacerlas ejecutar sin necesidad de acudir a la jurisdicción ordinaria. Las excepciones a la regla general son: decisiones que por su carácter urgente necesitan ser ejecutadas de inmediato, y medidas adoptadas por razones de policía” (*La ejecución forzosa de los actos administrativos por la administración pública: Fundamento constitucional e régimen jurídico*, p. 25).

2.3. Resumo crítico do direito estrangeiro e suas influências sobre o direito brasileiro

A análise do direito estrangeiro, sobretudo no âmbito doutrinário, permite verificar relevantes tendências que giram na órbita do tema ora versado.

Reitera-se que a importância do direito comparado permitirá uma melhor compreensão das posições adotadas no cenário jurídico brasileiro, possibilitando, assim, a consolidação de alguns aspectos, bom como o repúdio a outros.

2.3.1. Desvinculação da execução forçada em relação ao ato administrativo e seus desdobramentos

Uma das notáveis tendências doutrinárias representa a dissociação entre o ato administrativo e a possibilidade de sua execução coativa pela própria Administração.

Figura central da imanência entre as noções é a da *décision exécutoire* do direito francês, que encontrou em Hauriou o seu mais árduo defensor. Neste contexto, o ato administrativo equivale à decisão executória, que sintetiza o caráter exorbitante do regime envolvendo a Administração. A relação é tão intensa que a própria terminologia do ato administrativo encerra a idéia de execução, *puissance publique* dos mais incisivos no âmbito do Direito Público.

No entanto, a expressão *décision exécutoire* passou por uma necessária reformulação. Alguns juristas, representantes de uma parcela majoritária da doutrina francesa atual, sem abandonar a noção, reduziram o âmbito de sua significação. O ponto de partida foi a constatação de que nem todos os atos administrativos admitem uma execução forçada, ou porque o seu conteúdo é incompatível com uma implementação forçada pela Administração (exemplo das certidões, que meramente atestam situações), ou em virtude da própria desnecessidade, muitas vezes, da execução coativa (quando o particular cumpre voluntariamente a obrigação pública imposta a ele). Neste sentido, houve o deslocamento da noção de decisão executória, que passou a integrar o momento de concepção do ato, abarcando o caráter de sua unilateralidade.

Outros juristas, assumindo uma posição mais radical, simplesmente apregoam o abandono da expressão destacada por Hauriou, não somente por se revelar imprecisa, mas, principalmente, pelo fato de ensejar equívocos. Não há esforço analítico que aparte o vocábulo *executoire* da noção de execução, em virtude da óbvia similitude ortográfica. Por conta disto, inolvidável o viés autoritário da expressão, incutindo como regra algo que, na realidade, deve apresentar-se como exceção.

Esta reformulação observada na França também se deu em vários outros países, como vislumbrado acima. Na Alemanha, Itália, Espanha e Portugal observam-se autorizadas vozes assinalando a desvinculação do ato administrativo em relação à sua executoriedade.

A evolução observada é sutil, circunscrita, à primeira vista, a uma questão terminológica. No entanto, dela decorre consequência de tomo, estreitada com o próprio regime jurídico da execução coativa administrativa. Esta não representa característica inerente do ato administrativo, integrando tão-somente as declarações que impõem obrigações aos particulares. E mesmo nesta seara, a execução coativa não é necessária, mas potencialmente presente. Aliás, para alguns juristas muitas vezes a executoriedade prescinde de um ato prévio, justificando o recurso à coação uma situação de urgência.

Consequentemente, na medida em que o ato administrativo se despe da condição de paradigma, a ele se substitui a noção de competência administrativa, entendida como a atribuição para atuar nos limites traçados pelo ordenamento jurídico. Ou seja, para uma correta compreensão da execução coativa merece destaque não o ato administrativo, mas a disciplina legal acerca de seu manuseio.

Como se vê, de um entendimento tradicional e clássico, autoritário até, que conferia à execução administrativa um caráter geral, de verdadeira imanência referente aos atos administrativos, verifica-se a passagem a uma compreensão mais garantística em relação aos direitos dos particulares, assumindo a prerrogativa sob análise uma feição mais acanhada, excepcional, somente admitida como *ultima ratio*.

Assim, a mudança de perspectiva evidencia uma maior relação com a legalidade, condição insuperável para o exercício da competência executória. Daí a sua relevância, com a qual se concorda.

Assinale-se que, a despeito da mudança de prisma, a figura do ato administrativo não deve ser posta à margem da análise acerca do tema da executoriedade. Como visto, apenas deixou se assumir a figura central. No entanto, inolvidável a sua relevância, na medida em

que o ato administrativo representa um requisito para o exercício da autoexecutoriedade (cf. será visto no Capítulo 5, ref. aos limites).

2.3.2. Evolução ou involução legislativa?

Apesar da tendência verificada no item anterior, curiosamente, no sentido oposto direcionam-se as legislações de muitos dos países analisados, que ainda conferem, em maior ou menor grau, uma prerrogativa genérica de executoriedade às decisões administrativas. Assim na Alemanha, Espanha, Portugal e Argentina.

É verdade que tais normas disciplinaram de maneira mais detalhada as condições e os meios para o exercício da execução via administrativa. No entanto, é preciso questionar se, verdadeiramente, tal aspecto reflete maiores garantias aos particulares. Duas objeções podem ser colocadas.

Em primeiro lugar, as formas de execução são tantas e das mais variadas que se torna particularmente difícil vislumbrar um meio que não tenha sido previsto.

Em segundo lugar, entende-se, o principal problema atinente à execução via administrativa antecede os meios de sua implementação. Vale dizer, representa ponto fulcral a fundamentação legal da prerrogativa, a “própria atribuição do poder de executar à Administração”.²⁵¹ Mais relevante de *como* proceder à execução, é *se* ela é cabível.

É o que a doutrina, ao longo de décadas, vem discutindo: a executoriedade decorre do ato administrativo (executório) ou representa uma competência que exige disciplina legal específica? Foi visto, no contexto de tal questionamento, que há uma profusão doutrinária pela segunda solução. E os fundamentos, de uma maneira muito geral, equivalem-se. Do Estado de Direito Democrático decorre a necessidade de vinculação positiva da Administração à lei, sobretudo na hipótese em apreço, estreitada com uma das suas mais contundentes prerrogativas, cuja aplicação repercute nos direitos fundamentais dos particulares. A incorporação de tais lições foi observada, inclusive, no Direito Comunitário, como se pode constatar por julgados do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.²⁵²

²⁵¹ Cf. GOMES, Carla Amado. *Contributo para o estudo das operações materiais da administração pública e do seu controlo jurisdicional*, p. 88.

²⁵² Carla Amado Gomes cita os Acórdãos Hoechst e Iberia (1989), referente à repressão de práticas anti-concorrenciais. Em tais decisões restou consignado que “em todos os sistemas jurídicos dos Estados-membros,

Neste sentido, a inclusão da execução forçada no direito positivo poderia representar a superação de tal dissenso, com reafirmação da solução democrática.

No entanto, não nos parece que assim seja, pelo menos nos termos do modelo normativo verificado na Alemanha, Espanha e Portugal.

A solução adotada no plano legislativo por tais países remete a uma outra problemática, referente à possibilidade jurídica quanto ao estabelecimento de uma solução genérica. E neste aspecto, tais leis conferem verdadeiro cheque em branco à Administração, tornando geral um dos poderes estatais mais contundentes.

Para além da exigência de legalidade, não se pode descurar do princípio da tipicidade, igualmente caro no cenário jurídico hodierno. Assim, não basta a legislação conferir o exercício de uma competência executória genérica, aplicável a qualquer situação que envolva o estabelecimento de obrigações públicas aos administrados.

Como corolário da legalidade, a tipicidade exige que os comportamentos administrativos, nomeadamente aqueles que repercutem de maneira negativa na esfera jurídica dos administrados, sejam especificamente disciplinados legalmente. Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro, este atributo “representa uma garantia para o administrado, pois impede que a Administração pratique atos dotados de imperatividade e executoriedade, vinculando unilateralmente o particular, sem que haja previsão legal”. E salienta que “para cada finalidade que a Administração pretende alcançar existe um ato definido em lei”.²⁵³

Como assinala Caio Tácito, “a regra de competência não é um cheque em branco”, motivo pelo qual devem ser afastadas as construções legislativas que camuflam uma autorização legítima de atuação.

Sob outro prisma, assim se manifesta Carla Amado Gomes, invocando o artigo 18.º, n. 2, da Constituição da República Portuguesa, pelo qual as restrições devem ser adequadas, necessárias e proporcionais aos fins cuja implementação se visa:

(...) o princípio do carácter restritivo das restrições, em sede de direitos, liberdades e garantias, obriga a que o legislador feche o espaço de discricionariedade em sede de poder de execução ao máximo, vinculando a Administração à adopção de medidas determinadas a propósito de cada competência decisória específica. As medidas de execução devem ser

as intervenções dos poderes públicos na esfera de qualquer pessoa, singular ou colectiva, devem ter um fundamento legal e ser justificadas por razões previstas na lei” (*Ibid.*, pp. 73-74).

²⁵³ *Direito Administrativo*, p. 201.

adequadas e necessárias à decisão que se pretende executar, havendo de estar previstas em lei formal.²⁵⁴

Com base nisso, nos parece mais adequada às exigências democráticas a *concepção italiana*, na qual inexistente normatização genérica da execução administrativa, havendo inúmeras leis disciplinando as situações envolvendo o exercício da função administrativa, a possibilidade e maneiras de sua execução.

De qualquer forma, não se podem olvidar diversos aspectos positivos carreados pelas legislações alemã, espanhola e portuguesa. Tais normas disciplinaram de maneira mais detalhada as condições e os meios para o exercício da execução coercitiva administrativa, incorporando alguns princípios destacados no âmbito doutrinário. Destaque para o princípio do ato administrativo prévio, princípio da subsidiariedade, da proporcionalidade, dentre outros.

Do que se conclui, a par das evoluções carreadas pelas legislações dos diversos países, pernicioso generalização da execução coercitiva administrativa, representando ofensa a princípios comezinhos de um Estado Democrático de Direito.

2.3.3. Aproximação entre o sistema continental-europeu e o anglo-saxão

Tidas comumente por antitéticas, o sistema continental-europeu e o anglo-saxão muitas vezes se aproximam, apresentando pontos tangentes.

A análise será procedida sob o prisma do regime administrativo, precisamente as prerrogativas que o fundamentam, bem como dos modelos abordados de justiça administrativa (jurisdição una e dual).

Quanto ao primeiro, muito embora funcione como regra geral, no âmbito dos países que seguem o sistema anglo-saxão, a paridade entre a Administração e os particulares, não se deve olvidar da existência de diversas prerrogativas administrativas. A assunção pelo Estado de diversas tarefas, antes restritas ao exercício da polícia de segurança, fez incrementar a necessidade de uma atuação estatal mais incisiva. Foi a época em que o liberalismo, predominante no século XIX, cedeu lugar ao Estado do Bem-Estar (ou Estado Providência).

²⁵⁴ *Contributo para o estudo das operações materiais da administração pública e do seu controlo jurisdicional*, p. 107.

O deslocamento finalístico observado – da preservação da liberdade individual para a consecução da igualdade social – promoveu a ampliação do rol das atribuições estatais, passando a abarcar uma infinidade de serviços, os quais passaram à categoria de públicos, além da maciça intervenção no domínio econômico. A noção monovalente de interesse público foi substituída pelo entendimento pluralista de vários interesses públicos a serem perseguidos pelo Estado. Além disso, como bem observou Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O crescimento do Estado também se deu pela ampliação do poder de polícia; este, no período do Estado liberal, limitava-se a restringir os direitos individuais em benefício da ordem pública, entendida como sinônimo de segurança pública; já no período do Estado Social de Direito, com o crescimento do Estado e a extensão de suas atividades a todos os setores da vida social, o poder de polícia também experimentou notável ampliação, em dois sentidos: de um lado, passou a atuar em setores não relacionados com a segurança, atingindo as relações entre particulares, anteriormente fora do alcance do Estado; o próprio conceito de ordem pública passou a abranger a ordem econômica e social, com medidas relativas às relações de emprego, ao mercado dos produtos de primeira necessidade, ao exercício das profissões, às comunicações, aos espetáculos públicos, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e artístico nacional, à saúde. De outro lado, o Estado a impor obrigação de fazer, como o cultivo da terra, o aproveitamento do solo, a venda de produtos, distanciando-se, também sob esse aspecto, da polícia tradicional, que só impunha obrigação de não fazer.²⁵⁵

Antecedente histórico dos mais relevantes verificou-se nos Estados-Unidos da América do Norte, no período conhecido por *New Deal*. A grande depressão originada da crise de 1929, e a consequente necessidade de recuperação econômica, provocou uma forte intervenção estatal no campo econômico e social.²⁵⁶

De tal contexto decorreu a necessidade de conferir à Administração prerrogativas maiores, instrumentos jurídicos adequados à consecução dos vários interesses públicos que passaram a nortear finalisticamente a atuação estatal.

Para tanto, basta colher no âmbito dos direitos filiados ao sistema anglo-saxão uma série de prerrogativas. Para Rafael Entrena Cuesta,

(...) Tixier ha puesto de manifiesto cómo los actos de la Administración en la Inglaterra son ejecutorios, sin que su ejecución se suspenda incluso cuando se recurre contra los mismos. (...) Por lo que se refiere al privilegio de la acción de oficio no existe un principio general, por más que la exclusión de la competencia de los tribunales ordinarios de una serie de materias cuyo examen se atribuye a los tribunales administrativos (...) leva, como

²⁵⁵ *Parcerias na Administração Pública*, pp. 22-23.

²⁵⁶ Como salientado por Maria Paula Dallari BUCCI, “O *New Deal* do Presidente Franklin Roosevelt é considerado o divisor de águas do direito administrativo americano” (*Direito administrativo e políticas públicas*, p. 63).

consecuencia inmediata, al reconocimiento para tales materias del privilegio de la acción de oficio a la Administración en Inglaterra.²⁵⁷

E conclui o autor espanhol que “puede, pues, afirmarse que hoy existe en Inglaterra una serie de normas que atribuyen a la Administración prerrogativas del mismo tipo de las que ésta posee en los países de la Europa continental”.²⁵⁸

O mesmo se verifica no direito norte-americano, como observa Garrido Falla ao elencar os traços fundamentais de seu direito administrativo. Dentre eles: “la ejecutoriedad des acto administrativo no constituye regla general, pero las excepciones son muy numerosas”.²⁵⁹

Jean Rivero, em estudo de direito administrativo comparado, assinala para um “valor universal da noção de ‘potestade publique’”.²⁶⁰ Trata-se do seu caráter *ubíquo*, independentemente do sistema considerado.

Como se vê, na esteira do pensamento de Entrena Cuesta, a diferença entre os regimes dos países que se enquadram no sistema do *rule of law* e no sistema de continental é meramente quantitativo.²⁶¹

Em segundo lugar, referente aos modelos de jurisdição administrativa existentes, verifica-se, da mesma forma, uma similaridade material. Evidentemente, a diferenciação subjetiva, orgânica, mantém-se. Esta, aliás, o critério para a distinção entre os regimes de jurisdição una e dual.

Com efeito, no sistema da unidade da jurisdição, “todos os litígios – de natureza administrativa ou de interesses exclusivamente privados – são resolvidos judicialmente pela Justiça Comum, ou seja, pelos juízes e tribunais do Poder Judiciário”.^{262 e 263} Já o regime da dualidade de jurisdição se baseia no “sistema de distribuição de justiça que credencia todo um aparelhamento, paralelo, mas inconfundível com o Poder Judiciário, encarregado de julgar

²⁵⁷ Rafael Entrena CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo*, p. 51.

²⁵⁸ *Ibid.*.

²⁵⁹ *Tratado de derecho administrativo*, p. 107.

²⁶⁰ *Curso de Direito Administrativo Comparado*, p. 166.

²⁶¹ *Curso de derecho administrativo*, p. 56.

²⁶² Cf. Hely Lopes MEIRELLES (*Direito administrativo brasileiro*, p. 56). Eduardo Botelho GUALAZZI define o sistema uno de jurisdição “como aquela em que o mesmo aparelhamento judicante, com ou sem especializações internas, conhece e decide a totalidade de litígios, inclusive administrativos, ocorrentes num Estado soberano, por competência originária ou recursal”. *Justiça Administrativa*, p. 141.

²⁶³ Outras influências do direito anglo-saxão, nomeadamente o norte-americano, podem ser creditadas ao direito anglo-americano, conforme ressalta Caio TÁCITO (*Presença norte-americana no direito administrativo brasileiro*. In: *Temas de direito público. Estudos e Pareceres*, vol. 1, pp. 13-25).

litígios em que a Administração, em matéria administrativa, é parte adversa do administrado”.²⁶⁴

Como visto, se o primeiro concentra a função jurisdicional em uma única estrutura orgânica, o Poder Judiciário, o segundo procede a uma bipartição de tal função, de modo que os litígios envolvendo a Administração são julgados por órgãos localizados no próprio Executivo, em paralelo com a Jurisdição comum, a quem se incumbe a apreciação das demais contendas.

A despeito disto, no exercício das funções jurisdicionais verifica-se em ambos os sistemas um mecanismo de revisão das decisões da Administração, bem assim uma marcante autonomia decisória.

A própria evolução do contencioso administrativo nos países europeus evidencia a construção de uma justiça administrativa mais efetiva e próxima do sistema inglês. Citemos, a título exemplificativo, a recente reforma portuguesa da jurisdição dual, ocorrida em 2002, da qual decorreram relevantes avanços (dentre outros, a criação da ampla ação impugnatória de atos de direito público, em substituição ao tradicional recurso contencioso de anulação, de inspiração francesa; a possibilidade de condenação da Administração em obrigações de fazer; a atribuição de providências cautelares aos tribunais).²⁶⁵

Como ressalta Seabra Fagundes, “tanto num como noutro sistema há pleno controle jurídico do Poder Executivo. O que neles difere é a organização dos tribunais incumbidos de exercê-lo”.²⁶⁶

Verifique-se que as semelhanças vislumbradas atêm-se a contornos fundamentais dos respectivos sistemas, estreitadas com os dois pressupostos do regime jurídico-administrativo. De um lado, a possibilidade de execução coativa evidencia uma equivalência em relação a uma das maiores prerrogativas detida pela Administração. De outro, os mesmos contornos da justiça administrativa, consistente em um mecanismo eficaz de proteção dos particulares quanto às investidas do Poder Público, denotam uma equivalência material das sujeições.

²⁶⁴ Cf. Eduardo Botelho GUALAZZI (ob. cit., p. 85).

²⁶⁵ Cf. AMARAL, Diogo Freitas do. (*Última lição: A evolução do direito administrativo nos últimos 50 anos*, pp. 31-5). Assinala este autor que a reforma do contencioso administrativo de 2002 conferiu a Portugal uma das legislações mais avançadas da Europa, equiparando-se, neste sentido, a Alemanha e Itália (*Ibid.*, p. 31).

²⁶⁶ O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, p. 141. No mesmo sentido assinala Maria Paula Dallari BUCCI: “Entretanto, quanto ao controle da atuação administrativa, com a difusão do Estado de Direito, atualmente não há diferença marcante entre os sistemas americanos ou francês, considerando-se que em ambos a Administração é sujeita a controle e a responsabilidade em face dos administrados” (*Direito administrativo e políticas públicas*, p. 80).

Como consequência, salienta Jean Rivero, “*a tendência geral é no sentido de aproximação dos direitos anglo-saxônico e continentais*”.²⁶⁷

2.3.4. Influência no Direito Brasileiro

O Direito Público brasileiro é reconhecidamente marcado por uma dupla influência.

Em primeiro lugar, a construção do direito administrativo pátrio sofreu notória influência do direito francês. Basta verificar o acolhimento de um regime jurídico especial dispensado à atuação administrativa, construção esta eminentemente gaulesa, como visto.

Trata-se do regime jurídico-administrativo, cujos fundamentos, nos termos da sedimentada lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, estão adstritos a dois princípios, verdadeiras “pedras de toque” do sistema: (i) supremacia do interesse público sobre o privado; (ii) indisponibilidade do interesse público pela Administração.²⁶⁸

Decorrem do primeiro a “posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público”, bem assim a “posição de supremacia” deste órgão nas relações com os particulares, configuração que encarece os privilégios atribuíveis à Administração.²⁶⁹

Em segundo lugar, sob a ótica do Direito Constitucional, a leitura brasileira do princípio da separação entre os poderes sofreu o influxo do sistema anglo-saxão. Daí se caracterizar o nosso regime de controle da Administração como o da unidade da jurisdição (ou do controle judicial).

Trata-se da solução adotada em nível constitucional desde a instauração da República, com integral abandono do sistema anterior, observado no Brasil-Império, do administrador-juiz.²⁷⁰ O artigo 60 da Constituição Republicana de 1891 assim preconizava:

²⁶⁷ *Curso de direito administrativo comparado*, p. 167 (itálico no original).

²⁶⁸ *Curso de Direito Administrativo*, pp. 55 e seguintes.

²⁶⁹ Cf. BANDEIRA DE MELLO. “Esta posição privilegiada encarna os benefícios que a ordem jurídica confere a fim de assegurar conveniente proteção aos interesses públicos instrumentando os órgãos que os representam para um bom, expedito e resguardado desempenho de sua missão” (Ibid.p. 70).

²⁷⁰ Observe-se que o sistema adotado no Brasil-Império (1822-1889) equivalia àquele adotado na primeira fase do contencioso administrativo francês (com curta duração de 10 anos, de 1789-1799), no âmbito do qual se imiscuiu a figura do administrador e do juiz, sem qualquer diferenciação orgânico-funcional no seio do Executivo. Foi o que Vasco Pereira da SILVA denominou, com base no direito francês, de “pecado original do contencioso administrativo”, em que o “julgamentos dos litígios administrativos era remetido aos próprios órgãos da Administração activa” (*Em busca do acto administrativo perdido perdido*, p. 29). Com base em tal configuração, Eduardo Botelho GUALAZI chega a afirmar que, “no máximo, tivemos no Brasil-Império um arremedo de justiça administrativa, alheia ao Poder Judiciário, *mas totalmente dependente da Administração*

compete aos juízes ou tribunais federais processar e julgar:

- a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal;
- b) todas as causas propostas contra o Governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da Constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo, ou em contratos celebrados com o mesmo Governo;
- c) as causas provenientes de compensações, reivindicações, indenizações de prejuízos ou quaisquer outras propostas pelo Governo da União contra particulares ou vice-versa.

Acerca da Carta de 1891, expôs Pedro Lessa, citado por Eduardo Botelho Gualazzi:

o legislador constituinte aboliu o contencioso administrativo, satisfazendo um voto dos estadistas liberais do período monárquico, isto é, exatamente para garantir de modo mais eficaz os direitos dos administrados, e não para o fim de cercear as seguranças desses direitos.²⁷¹

Já a Constituição ora vigente, em dispositivo inserido no capítulo referente aos direitos e garantias individuais, estabelece o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (*ex vi* do artigo 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).

Vê-se, desta feita, a não adoção do sistema da dualidade de jurisdição, ou sistema do contencioso administrativo, originariamente adotado na França.

Curiosamente, afirmam alguns estudiosos que a Emenda Constitucional n. 7/77 previu a possibilidade de criação de dois contenciosos administrativos.²⁷² No entanto, sequer tal previsão do constituinte derivado configurou a admissão, entre nós, do sistema de dualidade de jurisdição. Malfadado o emprego da expressão “contencioso administrativo”, inverossímil qualquer alusão a um sistema dual, na medida em que a própria ordem constitucional permitia a revisão das decisões pelo Judiciário.²⁷³

Costuma-se assinalar, como um dos fundamentos do sistema da unidade de jurisdição adotado na Inglaterra, o repúdio ao regime jurídico-administrativo:

ativa, na qual se inseria e a que se subordinava por texto legal, expresse e claro” (*Justiça Administrativa*, p. 140 – itálico no original).

²⁷¹ *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915, p. 153. *Apud* Eduardo Botelho GUALAZI, *Justiça Administrativa*, p. 141.

²⁷² Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. (*Direito Administrativo Brasileiro*, p. 58). Ressalve-se que a referência feita por este autor à Emenda Constitucional n. 7/77 merece uma pequena correção: os dispositivos que facultaram a instauração de um contencioso administrativo foram os artigos 111 e 203 (ao invés do artigo “11”).

²⁷³ Cf. GUALAZZI, Eduardo Botelho. (*Justiça Administrativa*, pp. 148-151). Salienta este autor, ainda no regime constitucional anterior ao de 1988: “Portanto, a Constituição da República em vigor prevê algo que seguramente não é o contencioso administrativo, mas apenas jurisdição administrativa especializada, no âmbito da unidade jurisdicional, a exemplo de milhares de jurisdições administrativas especializadas que existem na Inglaterra e nos Estados Unidos da América, Estado irradiadores do princípio da *una lex, una jurisdictio*”.

Se a Inglaterra repele o ‘regime administrativo’, evidentemente nunca teve causa suficiente para adotar uma justiça especial para dirimir questões administrativas. Se, na Inglaterra, para todos os efeitos, o funcionário público é equiparado ao empregado privado, porque, numa contenda com a Administração, deveria ser ele submetido a uma justiça especializada? Se, na Inglaterra, vigora o ‘nivelamento’, ‘o particular lado a lado com a Administração’, diferentemente do que ocorre na França, em que o ‘regime administrativo’ estabelece para a Administração uma posição de ‘desnivelamento’, para mais, ‘de privilégio, de prerrogativas de *puissance publique*’, é óbvio que, de acordo com a natureza das coisas, as questões administrativas devem ser conhecidas e julgadas pelo Poder Judiciário, que é quem julga, normalmente, todas as causas, privados ou públicas, ‘sem privilégios’, ‘sem prerrogativas’, ‘sem desnivelamento’.²⁷⁴

Como se vê, o desenvolvimento do Direito Público brasileiro deu-se sob o influxo de sistemas jurídicos bem diferenciados, paradoxais inclusive, o que poderia, à primeira vista, gerar um estranhamento.²⁷⁵ Com efeito, como se pode compreender a coexistência, em um mesmo ordenamento jurídico, de sistemas tão díspares?

A resposta exige uma investigação do próprio pressuposto sobre o qual se assenta a dúvida. Ou seja, em que medida o sistema europeu-continental e o anglo-saxão se desassemelham?

Ora, como visto no item anterior, esta disparidade tão propalada merece, a bem da verdade, uma acentuada mitigação, haja vista os pontos tangentes entre os sistemas, dentre os quais se encontra a execução coativa via administrativa.

No *common law* a noção central constitui, como decorrência da condição superlativa do Judiciário, a equiparação entre particulares e Administração, o que afasta deste quaisquer prerrogativas, dentre eles a executoriedade. Entretanto, o incremento das atividades estatais observado no transcorrer do século passado levou a uma necessidade inexorável de uma intervenção mais incisiva do Poder Público. Basta verificar que o exercício do poder de polícia ampliou-se de maneira acentuada, atingindo relações antes impensáveis, sem considerar, ademais, a intervenção do Estado na própria ordem econômica e social. Este o contexto que ensejou a conferência de maiores prerrogativas à Administração, tidas por instrumentais na tarefa de consecução do interesse público.

²⁷⁴ *Ibid.* p. 117).

²⁷⁵ Maria Paula Dallari BUCCI destacou tal aspecto, assinalando uma série de contradições no Direito Administrativo brasileiro, dentre eles aquela verificada entre o regime de direito administrativo e a unidade de jurisdição. “Embora tenha tomado praticamente todas as referências de seu direito administrativo do modelo francês – do qual foi parcialmente copiado – é digno de nota o fato de o Brasil não ter adotado o sistema do contencioso administrativo” (*Direito Administrativo e Políticas Públicas*, p. 223).

Já no sistema europeu-continental verifica-se o oposto. Se, de início, a execução administrativa assumia uma concepção abrangente, a ponto de a noção *décision exécutoire* representar um dos fundamentos do regime administrativo, o entendimento doutrinário foi tomando norte diverso, assumindo a legalidade, bem assim as garantias individuais, imprescindíveis balizadoras da ação estatal. O condicionamento à lei formal e a barreira da proteção aos direitos fundamentais alteraram os contornos jurídicos da coerção administrativa de tal maneira, que a compreensão de regra geral foi substituída pela de exceção.

Ou seja, remanesce o questionamento formulado por Einsenmann em relação ao direito francês – mas que calha à fiveleta na presente análise –, acerca de qual seria, ao final, a regra ou a exceção?

Diante deste quadro, da excepcionalidade das condições opostas quanto à execução via administrativa, resulta como inquestionável uma aproximação entre o sistema anglo-americano e o europeu continental.

Se os sistemas tidos por paradoxais e inconciliáveis assumem, em uma análise mais detida, contornos próximos, é perfeitamente compatível um regime que adote uma solução mista, baseado em institutos colhidos de modelos diversos. Desta forma, não se entende como anacrônica a coexistência, no âmbito do direito brasileiro, entre o sistema da jurisdição una e o regime jurídico-administrativo.

CAPÍTULO 3. FUNDAMENTOS

3.1. Introdução

No Brasil, o tema da autoexecutoriedade constitui, de maneira invariável, objeto de apreciação pelos manuais e pelas obras gerais de Direito Administrativo, seja o autor mais clássico, seja contemporâneo. A abordagem se dá, de maneira praticamente unânime, em tópico dispensado ao estudo dos atos administrativos, inserida, de forma bastante geral, no subitem de seus “atributos”.

Justifica-se este enquadramento, segundo os autores, pela necessidade de diferenciação dos atos administrativos em relação aos atos de direito privado, extraindo a característica jurídica peculiar daqueles, a nota que lhes confere a inserção no regime jurídico-administrativo.

A despeito da ampla abordagem, carecem as lições doutrinárias nacionais de um tratamento específico em relação aos fundamentos da autoexecutoriedade. Não raro, são apontados embasamentos muito genéricos, desvinculados de qualquer aspecto jurídico-positivo, o que suscita verdadeiro caráter ubíquo e transcendente ao atributo.

Porém, no atual estágio do Estado Democrático de Direito não se podem admitir posições que assumam tal compostura, sob pena de desprestígio à própria ordem jurídica, que se veria em uma incômoda posição ancilar referente à justificativa da execução administrativa.

Mais do que isso, o fundamento deve ser confrontado com os preceitos constitucionais, balizas necessárias ao exercício da função administrativa. Não se pode descurar que a Constituição Federal atualmente em vigor no Brasil representa uma Carta de proteção do indivíduo às investidas estatais. A proeminência dos direitos humanos fundamentais deve servir de parâmetro para a análise que ora se propõe. Com efeito, inafastável o seguinte questionamento: como compatibilizar a atuação autoexecutória da Administração com os direitos e as garantias constitucionais asseguradas aos indivíduos?

Deste modo, investigação das mais relevantes é aquela relacionada aos próprios fundamentos jurídicos da autoexecutoriedade, sobretudo no âmbito constitucional. Para tanto, a análise será iniciada pela relação entre a execução administrativa e o princípio da legalidade.

3.2. Princípio da legalidade. Posições doutrinárias

Inquestionável a relação intrínseca entre Estado de Direito e legalidade. O próprio surgimento do Direito Administrativo coincide com a limitação do poder dos governantes pela lei, manifestação da vontade popular.²⁷⁶

O direito positivo brasileiro acolhe tal formulação. Com efeito, assume destaque no regime jurídico do Direito Administrativo o princípio da legalidade, insculpido no art. 5º, inciso II; art. 37, “caput” e art. 84, inciso IV, todos da Constituição Federal. Segundo ele, o Poder Público apenas pode fazer o que a lei determina ou permite, estabelecendo uma verdadeira relação de subordinação²⁷⁷ entre a Administração e a lei.

A despeito da consagração da legalidade, muitas das discussões sobre a autoexecutoriedade ficam alheias a tal pressuposto, transparecendo uma posição secundária assumida pela lei. Não se trata de posição isolada de um autor, mas de lição acolhida por vários juristas de tomo.

Assim, a análise do cenário doutrinário brasileiro permite identificar duas orientações sobre a exigência de legalidade como condição ao exercício da execução via administrativa.

De uma parte, os defensores da tese segundo a qual a autoexecutoriedade representa verdadeiro princípio, o que faz a sua implementação prescindir de autorização legislativa específica. Trata-se do entendimento acima mencionado, que confere um caráter subsidiário à legalidade.

É a posição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, para quem a autoexecutoriedade representa, como consequência da exigibilidade, a “execução coativa, por ato próprio da Administração Pública, sem intervenção do Poder Judiciário, dos atos administrativos”.²⁷⁸ Representa a “prerrogativa da Administração Pública de executá-lo de ofício, por ação direta”,²⁷⁹ equiparando-se ao chamado “*privilège d’action d’office*”. Por intermédio de tal qualidade, cabível inclusive o manuseio da força pública.

E salienta este autor, em passagem que se destaca:

²⁷⁶ De acordo com Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, “o Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito, porque é o Direito que regula o comportamento da Administração”. *Curso de direito administrativo*. p. 47).

²⁷⁷ Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO utiliza a expressão “relação de subsunção” (*Ibid.*, p. 100).

²⁷⁸ *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 615.

²⁷⁹ *Ibid.*

A faculdade da Administração de proceder à autotutela dos seus atos administrativos, por meio da execução forçada, é criação do Direito Administrativo Francês e se estendeu por todo o Continente Europeu e América Latina. A ele se deve o reconhecimento desses privilégios supramencionados, em favor dos atos administrativos. Consistem em prerrogativas que lhes são inerentes, no dizer de Hauriou.²⁸⁰

Verifica-se em tal passagem que, para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, a auto-executoriedade representa (i) uma faculdade; (ii) uma decorrência da “autotutela” administrativa; e (iii) uma imanência do ato administrativo, do que se extrai a denominação “*décision exécutoire*”, típica deste.

Quanto ao último aspecto, o autor assinala que “a Administração Pública pode executar tais determinações independentemente de haver preceito legal, expresso, outorgando-lhe esta prerrogativa”.²⁸¹ A autoexecutoriedade, nestes termos, é alçada a verdadeiro princípio do ato administrativo.

Aliás, nas lições que reproduz sobre a autoexecutoriedade, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello sinaliza diversas razões para a justificativa do atributo, dentre os quais destaca a

jurídica – em face da presunção de legitimidade dos atos públicos; política – ante a necessidade de satisfazer o bem comum; social – pela circunstância de que o uso da força pela Administração Pública não perturba a ordem social; administrativa – porque há casos em que só se realiza o interesse coletivo pela aplicação do ato administrativo; econômico – em virtude da possibilidade de indenização do dano por parte do Poder Público.²⁸²

Como se pode notar, não se verifica qualquer menção expressa ao princípio da legalidade. A referência mais próxima é aquela feita em relação à presunção de legitimidade dos atos estatais. No entanto, tal correspondência de ordem jurídica não é suficiente para destacar a importância da legalidade no âmbito da autoexecutoriedade.

No mesmo sentido se posiciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que trata da executoriedade em várias passagens de seu manual.

Em primeiro lugar, confere-lhe uma estatura principiológica, afirmando a sua imanência no bojo do Direito Público. Define-a como a

²⁸⁰ *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 616.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 622. Afirma Oswaldo Aranha neste trecho que tal entendimento prevalece na doutrina do Direito Administrativo do Continente Europeu e da América Latina, em contraposição ao Direito Administrativo anglo-americano, no qual “só admite tenha a Administração Pública a autotutela das suas determinações quando lhe for reconhecida expressamente tal faculdade. Impõe-se texto legal, explícito, facultando a auto-executoriedade”

²⁸² *Ibid.*, p. 616.

aptidão jurídica, reconhecida à Administração Pública, de deflagrar a aplicação executiva, direta, imediata e concreta da vontade contida na lei, empregando seus próprios meios executivos, até mesmo a coerção, quando se faça necessária e com a devida proporcionalidade.²⁸³

Por assumir condição de verdadeiro princípio, por representar de maneira presumida a vontade da lei, independe de autorização legislativa expressa. Apenas excepcionalmente será afastada, quando então dar-se-á o

prévio acerto jurídico de seus atos [administrativos] pelo Judiciário, valendo-se de meios de execução próprios deste outro Poder, como ocorre, por exemplo, na execução fiscal, na desapropriação, na extinção de associações ilícitas ou na intervenção em empresas que abusam do poder econômico.²⁸⁴

O princípio da executoriedade remonta do *privilège du préalable* francês, conquanto, ressalta o autor, “não exista nela, tecnicamente, qualquer privilégio, já que nenhuma norma é derogada em seu benefício”.²⁸⁵ Representa, isto sim, verdadeira regra observada no Direito Público, suprimida, como visto, em hipóteses raras, quando o legislador apontar uma maior cautela para a concretização da lei, ofertando uma maior garantia aos administrados sobre os quais a obrigação pública incide.

Em segundo lugar, em análise acerca das características do ato administrativo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto estipula duas condicionantes para a executoriedade. Uma negativa, referente à “inexistência de exceção legal” que vincule a atuação administrativa à intervenção do Judiciário;²⁸⁶ e outra positiva, estreitada com o pressuposto da exequibilidade, entendida como a possibilidade de execução imediata.

O mesmo entendimento é adotado por Edmir Netto de Araújo,²⁸⁷ Régis Fernandes de Oliveira,²⁸⁸ José dos Santos Carvalho Filho²⁸⁹ e Odete Medauar.²⁹⁰

²⁸³ *Curso de Direito Administrativo*, p. 102.

²⁸⁴ *Ibid.*.

²⁸⁵ *Ibid.*

²⁸⁶ *Ibid.* – itálico no original. Como se vê, reitera o autor a imanência da executoriedade, assinalando: “uma vez que a regra é a executoriedade, quaisquer exceções, ou seja, todas as hipóteses de *heteroexecutoriedade* são de direito estrito, decorrendo de expressa previsão legal, como, dando exemplos de exceção: a *execução fiscal*, a efetivação da *desapropriação*, a *cassação de patentes*, a *dissolução de sociedades* etc., casos em que, a Administração, como autora, terá legitimidade *ad causam* para demandar o prévio acerto, pelo Poder Judiciário, da legalidade *lato sensu* de sua pretensão”.

²⁸⁷ “Como se sabe, a auto-executoriedade dos atos administrativos é a regra, sendo a heteroexecutoriedade exceção, matéria de direito estrito” (*Curso de Direito Administrativo*, p. 437).

²⁸⁸ *Infrações e Sanções Administrativas*, p. 100. Para o jurista: “Entendemos que a auto-executoriedade está sempre presente nos atos administrativos, constituindo-se em característica própria deles”. Destaque-se que Régis Fernandes de Oliveira expressamente menciona a lei espanhola de procedimento administrativo, mais

Observe-se que tais autores acentuam, de uma maneira geral, a feição principiológica da autoexecutoriedade, sem correspondê-la necessariamente com qualquer permissivo legal autorizando o exercício da autotutela.

De outra parte, em contraposição a tais juristas, encontram-se aqueles que repelem a possibilidade de execução coercitiva sem pressuposto normativo determinado.

Para Seabra Fagundes, a execução forçada administrativa constitui via excepcional para vencer a recalcitrância do particular, admitida tão-somente em caso de expressa autorização legislativa. O autor é enfático nesse sentido:

Se a execução pelo próprio Poder Executivo é apenas admitida como uma exceção necessário aos fins do Estado, seria estendê-la, arbitrariamente, numa ameaça à ordem jurídica, permitir que independesse de autorização da lei. Pode-se dizer que, em nosso sistema jurídico, havendo choque entre as atividades da Administração Público e os direitos do indivíduo, só se permite àquela o uso de poderes expressos na lei. Não há lugar para controvérsia: a execução administrativa forçada depende, em cada caso, de permissão ou autorização legal.²⁹¹

Como “norma genérica”, ressalva o autor, verifica-se a execução forçada somente na hipótese em que for “imprescindível e urgente obter a prestação”.²⁹²

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que a executoriedade existe quando se dá expressa previsão legal ou quando a coação direta representa, dada uma situação de urgência, condição imprescindível à eficaz garantia do interesse público.²⁹³ Observe-se que o jurista, em digressão acerca da executoriedade das medidas de polícia administrativa, estampa mais uma hipótese de cabimento, além das duas acima: “quando inexistir outra via de direito capaz

especificamente o seu artigo 102 (cláusula genérica de autoexecutoriedade), dispositivo este analisado no capítulo referente ao direito estrangeiro.

²⁸⁹ Muito embora não haja menção expressa, parece ser este o entendimento do autor. Com base em Régis Fernandes de OLIVEIRA, assinala: “A regra, como é fácil notar, estabelece alguns limites ao princípio da executoriedade, impedindo uma atuação exclusiva do administrador. A restrição, no entanto, não suprime o princípio, até porque, sem ele, dificilmente poderia a Administração, em certos momentos, concluir seus projetos administrativos e alcançar os objetivos que colima” (*Manual de direito administrativo*, p. 113).

²⁹⁰ Parece ser esta a posição de Odete MEDAUAR, que, inclusive, assinala para um princípio da auto-executoriedade (*Direito Administrativo Moderno*, p. 134). Quanto aos seus limites, muito embora, nos termos da lição de CRETELLA JÚNIOR, mencione a “barreira legal”, afirma: “Em primeiro lugar, surge a barreira legal que restringe a execução forçada da Administração quando esta, atuando, poderia ser fator de ameaça para os direitos individuais” (*Auto-executoriedade do ato administrativo*, p. 518). Em seguida, ao mencionar que a realização deve ser “prescrita pela lei”, explica: “ou seja, a execução de ofício deve ser limitada às medidas indispensáveis para evitar o dano ao interesse público que decorreria da inobservância da ordem” (*Ibid.*).

²⁹¹ *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, p. 266, nota 31.

²⁹² *Ibid.*.

²⁹³ *Curso de direito administrativo*, p. 415-6.

de assegurar a satisfação do interesse público que a Administração está obrigada a defender”.²⁹⁴

Para Diógenes Gasparini, a autoexecutoriedade não constitui atributo presente em todos os atos administrativos. Sua incidência se dá “nos casos previstos em lei ou quando for indispensável à imediata salvaguarda do interesse público”.²⁹⁵ Em relação a esta segunda hipótese, esclarece Diógenes Gasparini, inexistente qualquer outra via de parelha eficácia à disposição da Administração, motivo pelo qual se prescinde de autorização legal. Cita o exemplo da demolição de uma edificação que ameaça ruir, bem como da destruição de coisas para evitar propagação de incêndio.

Seguem tal posição Tomás de Vilanova Monteiro Lopes.²⁹⁶ José Cretella Júnior,²⁹⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro,²⁹⁸ Hely Lopes Meirelles,²⁹⁹ Lúcia Valle Figueiredo,³⁰⁰ Sérgio de Andréa Ferreira,³⁰¹ Carlos Ari Sundfeld,³⁰² Luís Manoel Fonseca Pires,³⁰³ Raquel Urbano Carvalho,³⁰⁴ dentre outros.

O cotejo entre os posicionamentos permite verificar uma clara tendência no direito brasileiro, da mesma forma do que verificado no direito estrangeiro: o exercício da autoexecutoriedade não prescinde de autorização legal.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 835.

²⁹⁵ *Direito Administrativo*, p. 77.

²⁹⁶ *Ob. cit.*, p. 606.

²⁹⁷ CRETELLA JÚNIOR, ao elencar a barreira legal como limite à autoexecutoriedade, menciona as lições de Waline e Bielsa, destacando, em relação ao francês, a seguinte passagem: “É preciso que a operação material administrativa pela qual a execução é necessária tenha sua fonte num texto anterior de lei” (*Do ato administrativo*, p. 97). Em seguida, no tópico “casuística da autoexecutoriedade”, reproduz os casos que prevalecem na França, nomeadamente a “autorização do legislador” (*Idem*, p. 98).

²⁹⁸ *Direito Administrativo*, p. 200.

²⁹⁹ “Ato Administrativo – Auto-executoriedade (parecer)” in: *Estudo e Pareceres de Direito Público*, vol. VIII, p. 332. Assinala o autor: “Tal ato só seria auto-executório de norma legal autorizasse a execução via administrativa, o que não ocorreu no presente caso, (...)”. Ressalte-se que Hely Lopes Meirelles evoca as lições de Gordillo, árduo defensor da legalidade na hipótese de autoexecutoriedade.

³⁰⁰ *Curso de direito administrativo*, p. 195. “Anotar-se, todavia: a executoriedade somente pode ser utilizada se expressamente determinada na lei, ou se e na medida da estrita necessidade administrativa”.

³⁰¹ *Lições de Direito Administrativo*, p. 99.

³⁰² *Direito Administrativo Ordenador*, p. 84.

³⁰³ *Ob. cit.*, p. 99. Após verificação da doutrina nacional e estrangeira, assinala o autor: “A auto-executoriedade não existe como um elemento inerente à manifestação do Estado na realização da função administrativa. Depende, o exercício da função, de que uma norma atribua um feixe de competências no qual se preveja a possibilidade de o Estado agir sem necessitar de prévio deferimento por meio de um provimento judicial que avalize a conduta a qual se intente praticar. Esta a condição normal”.

³⁰⁴ *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*, p. 400. “Ademais, somente há executoriedade possível em duas hipóteses específicas. Não seria lícito imaginar que, em regra, o Estado pudesse usar força direta para executar atos administrativos. Ao contrário, a autoexecutoriedade é atributo que se reconhece à Administração somente diante de expressa autorização legislativa ou em situações emergenciais em que apenas se atingirá o interesse público com o exercício da força estatal direta”.

É o que destaca Marçal Justen Filho, acerca dos atributos do ato administrativo, dentre os quais a executoriedade:

A mais fundamental ressalva a fazer reside em que os ditos ‘atributos’ não são um efeito inerente ao ato administrativo, nem uma decorrência da qualidade estatal do agente que o produz. Tais atributos são uma decorrência do direito, o que significa uma inafastável compatibilidade com a Constituição. É o direito que prevê e delimita os ditos efeitos, por reputar que tal se faz necessário para o bem desempenho da função administrativa. Portanto, aquilo que o direito não poderia atribuir ao Estado não pode ser extraído como ‘atributo’ próprio do ato.³⁰⁵

Além da hipótese geral, a doutrina assinala, em uníssono, a possibilidade de autoexecutoriedade nas situações de urgência, vale dizer, nas hipóteses em que se verifica a necessidade de atuação imediata da Administração.

Como se vê, constata-se similitude com o posicionamento do direito francês, que, há mais de um século, se vale das conclusões de Romieu, no célebre *arrêt Société immobilière de Saint-Just*.

3.3. Posição adotada

Não se pode, com efeito, deixar de avalizar o entendimento segundo o qual a legalidade representa pressuposto inafastável ao exercício da autoexecutoriedade.

A reverberação da lei sobre toda a atividade administrativa é a consequência do próprio Estado de Direito. Ao descrever a função administrativa, Otto Mayer salienta que “la administración, desde su comienzo, ha sido contemplada como una actividad del Estado que se ejerce bajo la autoridad del orden jurídico que él debe establecer”.³⁰⁶ Vale dizer, representa uma atividade infralegal. Trata-se da submissão do Estado à ordem jurídica.

Como sintetizado por Stassinopoulos, “em um Estado de Direito, a administração não se encontra somente na impossibilidade de agir *contra legem* ou *praeter legem*, porém ela está obrigada a agir *secundum legem*”.³⁰⁷

³⁰⁵ *Curso de direito administrativo*, p. 280.

³⁰⁶ *Derecho Administrativo Alemán*, p. 12.

³⁰⁷ *Traité des Actes Administratifs*, p. 69. No original: “Dans un État de droit, l’administration ne se trouve pas seulement dans l’impossibilité d’agir *contra legem* ou *praeter legem*, mais elle est obligée d’agir toujours *secundum legem*”.

Cumpra-se notar que tal vinculação à lei não se apresenta apenas em seu sentido negativo, entendido como a imposição de um limite à atuação do Poder Público, de maneira que a norma possa “establecer prohibiciones a determinadas actividades, tanto en lo que concierne a las finalidades a alcanzar, como en lo que se refiere a los medios y formas a seguir para ello”.³⁰⁸ Aliás, pode-se afirmar que esta faceta do princípio da legalidade assume uma maior relevância no âmbito do direito privado, seara governada pelo valor liberdade. Daí a fórmula consagrada no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, segundo a qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Ou seja, a relação que rege o direito privado é a de não contradição com a lei, de tal sorte que o particular pode fazer tudo o que a lei não proíbe.³⁰⁹

No entanto, este sentido negativo, isoladamente considerado, não permite uma correta compreensão da legalidade no âmbito do direito público, conduzido pela idéia de função, que corresponde, por sua vez, à noção de dever de atendimento ao interesse público.³¹⁰

Ora, a idéia de dever está intimamente associada a um permissivo jurídico que a imponha, a um mandamento legal que trace os contornos referentes à finalidade de assegurar o interesse público. Desta forma, o aspecto primordial da legalidade é o seu sentido positivo, de tal forma que a Administração somente pode fazer aquilo que a lei expressamente permite.

Como acentua Carmem Lúcia Antunes Rocha, o Poder Público somente pode agir de acordo com o ordenamento jurídico, porque ele “não existe além do Direito”. E enfatiza: “É este o seu berço e seu túmulo, o seu começo e o seu fim”.³¹¹

A legalidade representa parâmetro geral para a atuação administrativa. Em relação ao instituto da autoexecutoriedade, a exigência da legalidade deve merecer uma especial preocupação, em virtude das evidentes repercussões da competência executória na esfera jurídica dos administrados. Na medida em que é vertida uma atuação material da

³⁰⁸ Cf. ALESSI, Renato. Alessi, *Instituciones de Derecho Administrativo*, p. 12.

³⁰⁹ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. (*Curso de direito administrativo*, p. 105). Como assinala Carmem Lúcia Antunes ROCHA: “A juridicidade assegurada no capítulo dos Direitos Individuais e Coletivos é direito, desdobramento da opção constituinte democrática, e o seu fundamento está na liberdade do indivíduo. Tudo o que por lei não é restrito à liberdade individual mantém-se na esfera de escolha ilimitada do titular. Somente a lei formal pode inibir a atuação livre do indivíduo” (*Princípios Constitucionais da Administração Pública*, p. 81).

³¹⁰ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Bandeira (*Ibid.*, p. 26).

³¹¹ *Ibid.*, p. 82: “A liberdade, que fundamenta a legalidade individual e inexistente na pessoa de Direito, impede que a juridicidade administrativa seja como aquela e possa existir além do que consta como sua competência no ordenamento normativo. Neste sentido é que vem se repetindo que, para o indivíduo, tudo o que não está obrigado ou proibido, está para ele permitido ou dado à sua escolha, enquanto, para a pessoa jurídica estatal, tudo o que não esteja pelo Direito permitido, está proibido”.

Administração sobre a propriedade e sobre a liberdade, inclusive com o manuseio da força, impensável que a legitimidade de tal atribuição não encontre respaldo na legalidade.

Assim, a conformação ao Estado Democrático de Direito impõe precisa delimitação normativa acerca das hipóteses que ensejam execução coativa via administrativa.

3.4. Princípio da juridicidade

No entanto, a problemática não se encerra neste ponto.

Deve-se atentar que o princípio da legalidade vem passando por reformulações, de tal sorte que a sua compostura atual assume ares diversos daquela inicialmente proposta. Isto decorreu do que se vem chamando de “processo de desprestígio” da legalidade, o que engendrou uma espécie de “crise da lei”, sobretudo da lei formal, fenômeno observado, sobretudo na segunda metade do século XIX.³¹²

Costuma-se elencar uma série de fatores para tanto. O excesso de normas editadas pelo Legislativo, que acabou por criar uma situação asfixiante, de comprometimento mesmo da segurança jurídica necessária à manutenção do corpo social. A estatura alçada pelos princípios constitucionais, que passaram a ostentar a condição de normas jurídicas, assumindo, deste modo, um papel de destaque no cenário jurídico. Além disto, menciona-se a admissão de que atos normativos expedidos pelo Executivo detêm a capacidade de, por si mesmos, servirem de fundamento à atuação administrativa em relação aos particulares. Nesse sentido, a lei em sentido material (ou seja, qualquer ato normativo) passa a integrar a compostura do princípio da legalidade.

Aliás, tais fatores levaram à própria substituição terminológica do princípio. Evocam-se as lições de Carmem Lúcia Antunes Rocha, para quem o princípio da legalidade deve ser entendido de maneira mais ampla, abarcando não apenas a lei em sentido formal, como também o seu aspecto material. Trata-se do *princípio da juridicidade*.

Sendo a lei, entretanto, não a única, mas a principal fonte do Direito, absorveu o princípio da legalidade administrativa toda a grandeza do Direito em sua mais vasta expressão, não se limitando à lei forma, mas à inteireza do arcabouço jurídico vigente no Estado.³¹³

³¹² Cf. BINEMBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização* pp. 125 ss.

³¹³ Cármen Lúcia Antunes ROCHA, *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, p. 79.

A posição tem amparo em Lúcia Valle Figueiredo, que confere uma dimensão também ampla ao princípio da legalidade.

Ora, assim como o princípio da legalidade é bem mais amplo do que a mera sujeição do administrador à lei, pois aquele, necessariamente, deve estar submetido também ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais, assim também há de se procurar solver a hipótese de a norma ser omissa ou, eventualmente, faltante.³¹⁴

A própria Lei federal n. 9.784/1999 (processo administrativo no âmbito federal) incorporou a juridicidade, ao prescrever que a atuação deve ser “conforme a lei e o Direito” (art. 2º, parágrafo único, inciso I). Assim também disciplinaram outras normas, a exemplo da Lei n. 14.141/2006, do Município de São Paulo.³¹⁵

Para os propósitos do presente trabalho, relevante perquirir acerca da repercussão desta nova faceta do princípio da legalidade – a juridicidade – em relação à competência para o exercício da autoexecutoriedade.

Tal repercussão será analisada sob dupla ótica, a partir de dois questionamentos. Em primeiro lugar, houve alguma flexibilização quanto à natureza do ato normativo que pode autorizar o exercício da execução administrativa? Em segundo lugar, um ato normativo com tal conteúdo encontra fundamento na Constituição Federal, nomeadamente em relação aos seus princípios?

Quanto ao primeiro, é preciso que se defenda a necessidade de lei formal para a Administração se valer da autoexecutoriedade. Trata-se de uma exigência do Estado Democrático de Direito, em que a imprescindibilidade de atos normativos decorrentes da função legislativa é diretamente proporcional à interferência da medida regulada sobre a esfera jurídica dos particulares. Na medida em que a execução administrativa representa uma seara baseada na severa repercussão sobre os direitos dos administrados, pressuposto a torná-la legítima é a previsão em lei formal.

Fala-se em legitimidade, na medida em que o mecanismo constitucional de criação originária de imposição de obrigações, bem com de suas consequências, é conferida ao legislador, que exerce a representação do povo, verdadeiro titular do poder (art. 1º, parágrafo

³¹⁴ *Curso de Direito Administrativo*, p. 42.

³¹⁵ A lei municipal reproduz o dispositivo da lei federal. Nos termos do seu art. 2º, parágrafo único, inciso I, “O agente público administrativo observará na sua atuação, dentre outros, os seguintes princípios: atuação conforme à lei e ao Direito”.

único, CF). Ademais, comparativamente com a expedição de outros atos normativos, principalmente dos regulamentos, o processo legislativo confere à lei formal “um grau de controlabilidade, confiabilidade, imparcialidade e qualidade normativas muitas vezes superiores” àqueles, “ensejando, pois, aos administrados em teor de garantia e proteção incomparavelmente maiores”.³¹⁶

Não há como se admitir, a pretexto da juridicidade, que qualquer ato normativo (lei em sentido material) possa servir de fundamento ao exercício da autoexecutoriedade. Do contrário, estar-se-ia conferindo à Administração a prerrogativa de se autoproclamar como detentora da competência executória, subvertendo o próprio regime jurídico-administrativo, consistente na contraposição entre prerrogativas e sujeições.

Quanto ao segundo questionamento (referente ao fundamento do atributo), deve-se partir da constatação de que a Constituição não contém dispositivo expresso que autorize a autoexecutoriedade.

Outro pressuposto que deve permear a análise é o destaque que a Constituição confere aos direitos e garantias fundamentais. Como assinalado por Geraldo Ataliba:

As liberdades públicas inscritas na Constituição são as mais expressivas balizas ao poder do Estado. Configura usurpação, constitui-se na mais grave violação constitucional, o exercício – seja pelo Legislativo, seja pelo Executivo, seja pelo Judiciário – de ato de poder de todo o tipo, ou de qualquer ato de força, voltado contra os cidadãos, ultrapassando essas mesmas barreiras.³¹⁷

Acredita-se que a solução deva partir da análise dos princípios constitucionais, erigidos, como visto, a uma posição de proeminência no ordenamento jurídico. Dentre eles, destaca-se o princípio que costumeiramente é assinalado como fundamento do regime jurídico administrativo, o da supremacia do interesse público sobre o privado. Pela relevância da questão, será dispensado a ele um tópico específico.

³¹⁶ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 343.

³¹⁷ *República e Constituição*, p. 165.

3.5. Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado

Representava uma lição escoreita no âmbito do Direito Administrativo a relevância assumida pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Parcela significativa da doutrina ainda lhe confere a compostura de princípio informativo da atividade administrativa, verdadeira diretriz de todos os demais princípios.³¹⁸ Destaque seja dada à lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem o princípio da supremacia representa uma das “pedras de toque” do regime jurídico-administrativo, “verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público”.³¹⁹ Dele decorre a posição privilegiada da Administração nas relações com os particulares, traduzida, sobretudo, nos privilégios atribuídos ao Poder Público. Dentre eles, evidentemente, encontra-se a autoexecutoriedade.

Tamanha a importância do princípio, que sua incidência não se restringe ao regime jurídico-administrativo. Reverbera por todo o Direito Público.³²⁰ Como assinalado por José Cretella Júnior,

Êste princípio, princípio da supremacia do interesse público, que informa todo o direito administrativo, norteando a ação dos agentes na edição dos atos administrativos e dos órgãos legiferantes nos processos normogenéticos, de maneira alguma é princípio setorial, típico específico de direito administrativo, porque é comum a todo o direito público, em seus diferentes desdobramentos, já que se encontra na base de toda processualística, bem como na raiz do direito penal e do constitucional.³²¹

No direito estrangeiro, aponta-se o ensinamento do espanhol Garrido Falla, citando doutrina italiana:

un administrativista italiano, muy conocido, Vitta, en su *Diritto Amministrativo*, edición 1948, dice a propósito de los derechos de supremacía de la Administración pública y la libertad del particular: ‘... en las relaciones privadas, el legislador está dominado por el concepto de la

³¹⁸ Edmir Netto de ARAÚJO destaca que o princípio da supremacia do interesse público, ao lado do princípio da legalidade, representa o mais importante no âmbito do Direito Administrativo (*Curso de Direito Administrativo*, p. 49).

³¹⁹ *Curso de Direito Administrativo*, p. 69. Prossegue o mesmo autor, salientando: “Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último” (Ibid, p. 69).

³²⁰ Paulo de Barros CARVALHO, sobre o princípio aludido, ensina: “Diretriz implícita, mas de forte e profundo poder de penetração em todas as regras de direito público, exalta a superioridade dos interesses coletivos sobre os do indivíduo, como instrumento valioso e para coordenação das atividades sociais, num ambiente de ordem e respeito aos direitos de todos os súditos” (*Curso de Direito Tributário*, p. 113).

³²¹ “Princípios Informativos do direito administrativo” in *Revista de Direito Administrativo*, v. 93, p. 4.

equivalencia de los intereses en pugna...: en cambio, en las relaciones entre el individuo y la Administración pública, el legislador está dominado por el concepto de la prevalencia de los intereses de la segundo sobre lo del primero, y la libertad no se tutela sino en cuanto no se dan al respecto derechos de supremacía del ente público'. (...)

El Derecho público implica, por definición, la desigualdad de las partes. La Administración, por un lado, los particulares, por otro, no son portadores del mismo tipo de intereses. Los intereses de la Administración son intereses prevalentes, y esto es dogma en Derecho administrativo, frente a los intereses de los particulares.³²²

A própria jurisprudência dos Tribunais superiores evoca com frequência o princípio da supremacia, assumindo em vários julgados o condão de valor fundamental.³²³

Ocorre que a proeminência da supremacia do interesse público vem sendo posto em xeque por prestigiados estudiosos, que refutam por completo a sua permanência no sistema.³²⁴

O incremento de tais lições insere-se no contexto do chamado pós-positivismo, igualmente alcunhado neoconstitucionalismo, consubstanciado, dentre outros aspectos, no reconhecimento da força normativa da Constituição, bem assim na valorização dos direitos fundamentais.³²⁵

Humberto Ávila, em artigo intitulado “Repensando o ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o privado’”, propugna que o princípio em tela representa mero postulado ético-político, não constituindo objeto da Ciência do Direito.³²⁶

No mesmo sentido leciona Gustavo Binembojm, que expressamente acolhe a argumentação suscitada por Humberto Ávila. “O reconhecimento da centralidade do sistema

³²² *Las Transformaciones del Regimen Administrativo*, apud Patrícia BATISTA, *Transformações do Direito Administrativo*, p. 183-184. Ressalte-se que as lições de GARRIDO FALLA são citadas, em igual contexto, por Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (*Curso de direito administrativo*, p. 56).

³²³ No âmbito do STF, ADI-MC-1003/DF, Min. Celso de Mello: “A Constituição da República, ao fixar as diretrizes que regem a atividade econômica e que tutelam o direito de propriedade, proclama, como valores fundamentais a serem respeitados, a supremacia do interesse público, os ditames da justiça social, a redução das desigualdades sociais, (...)” (j. 01/08/99, DJU 10/09/99). No STJ: “A desapropriação é forma originária de aquisição da propriedade, pois a transferência da propriedade opera-se pelo fato jurídico em si, independentemente da vontade do expropriado, que se submete aos imperativos da supremacia do interesse público sobre o privado” (REsp n. 468.150-RS, rel. Min. Denise Arruda, 1ª Turma, DJU 06.02.06, p. 199).

³²⁴ V. obra coletiva: *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Coord. Daniel Sarmento, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

³²⁵ Luís Roberto BARROSO, “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”, in RDA n. 240, p. 12-13. Afirma Gustavo BINENBOJM que “a passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico representa a grande força motriz da mudança de paradigmas do direito administrativo na atualidade”. Uma teoria do Direito Administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização, p. 69.

³²⁶ In: Revista Trimestral de Direito Público n. 24, p. 174. A análise procedida por Humberto Ávila segue uma metodologia extremamente articulada, consistente em afastar o “princípio” da supremacia do interesse público das condições de *axioma*, *postulado* e *norma* (categorias estas reconduzíveis à definição *lato sensu* de *princípio*).

de direitos fundamentais instituídos pela Constituição e a estrutura maleável dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação, *a priori*, de uma regra de supremacia absoluta do coletivo sobre o individual”.³²⁷

Outros doutrinadores, se não repelem o postulado ora analisado, fomentam o debate no sentido de seu redimensionamento. É o que propõe Floriano de Azevedo Marques, que substitui a clássica noção de supremacia pela nova feição de prevalência dos interesses públicos, da qual se desdobram a interdição do atendimento de interesses particularísticos, bem como a necessidade de ponderação justificada dos interesses envolvidos no caso específico.³²⁸ No mesmo sentido assinala Odete Medauar, que igualmente evoca a noção de ponderação dos interesses presentes em dada circunstância.³²⁹

Como se percebe, trata-se de embate acerca de questão fundamental que rege o Direito Administrativo. Discussão esta que vem sofrendo um incremento notável nos últimos dez anos, muito em função das transformações por que vem passando o Direito Público.

Desde já convém salientar que não se pretende fazer ouvidos moucos aos novos paradigmas do Direito Administrativo. Fazê-lo seria desconsiderar a realidade, olvidar o próprio dinamismo inerente ao fenômeno jurídico, atitude esta inadmissível ao operador do Direito.

Contudo, o reconhecimento e a admissão de tais mudanças não levam inexoravelmente a uma superação absoluta dos pressupostos vigentes até então. Sobretudo na seara em análise – um dos postulados do regime jurídico de Direito Administrativo –, a necessidade de cautela sofre considerável recrudescimento.

A leitura do que já se escreveu acerca da “desconstrução” ou abandono do princípio da supremacia do interesse público permite aglutinar a respectiva argumentação em três aspectos. Trata-se, aliás, de semelhante fundamentação suscitada pelos juristas que apenas redimensionam o princípio.

Em primeiro lugar, a categorização como um “princípio” de supremacia implica na necessária “ponderação” entre os valores em jogo. O pressuposto que permite tal correlação está assentado em um aspecto fundamental do Direito Constitucional contemporâneo: a normatividade jurídica dos princípios.

³²⁷ *Uma teoria do Direito Administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, p. 104.

³²⁸ *Regulação estatal e interesses públicos*, p. 165.

³²⁹ *Direito Administrativo Moderno*, p. 133.

A par da abstração que lhes sempre foi ínsita, a nota da normatividade afasta o entendimento de outrora, segundo o qual os princípios detêm função supletiva, ou seja, meramente integradora. A caracterização dos princípios constitucionais igualmente não escapava de tal postura, porquanto eram entendidos como “proclamação retórica de valores e diretrizes políticas”.³³⁰

A evolução da noção principiológica foi bem notada por Carmem Lúcia Antunes Rocha, de acordo com a seguinte passagem:

Se é certo que o constitucionalismo moderno – como todo e qualquer sistema normativo-jurídico – sempre teve princípios magnos fundamentais, é identicamente correto afirmar que a principiologia constitucional nem sempre foi considerada dotada de vigor jurídico definitivamente impositivo, mas muito mais sugestivo ou meramente informativo para efeito de hermenêutica da Constituição. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais foi sendo construída a partir da idéia de ser a Constituição uma lei e, como tal, carregada da coercitividade que domina todas as formas legais. Daí que os princípios fundamentais foram crescendo em importância e eficiência nos últimos séculos, até adquirir foros de ordem definida e definidora de todas as regulações jurídicas.³³¹

Na medida em que os princípios detêm, ao mesmo tempo, uma normatividade eficaz e uma abstração demasiada, a sua aplicabilidade no mundo fenomênico (eficácia prática) sofre gradações constantes, umas vezes incidindo com grande amplitude e força, em outras repercutindo de maneira mais atenuada. É o que se denomina mandado de otimização entre os princípios, “no sentido de comandos normativos que apontam para uma finalidade ou estado de coisas a ser alcançado, mas que admitem concretização em graus de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas”.³³² Como se vê, representa metodologia diversa daquela dispensada às regras, que são normas binárias, aplicadas de acordo com a lógica do “tudo ou nada”.

Inevitável a correlação de tal estrutura maleável dos princípios com o postulado da proporcionalidade, que assume feição instrumental em relação ao mecanismo de ponderação.

Em segundo lugar, a ausência de uma correspondência no ordenamento jurídico impede um reconhecimento, mesmo que implícito, do princípio da supremacia do interesse

³³⁰ Gustavo BINEMBOJM, *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, p. 61.

³³¹ *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, p. 42.

³³² Gustavo BINEMBOJM (*ibid.* p. 31).

público. Esta argumentação foi bem enfatizada por Humberto Ávila, para quem “ele [o princípio em tela] não resulta, *ex constitutione*, da análise sistemática do Direito”.³³³

Pelo contrário, os dispositivos constitucionais apontam para um norte oposto, vale dizer, de salvaguarda aos interesses privados consubstanciados nas cláusulas dos direitos e garantidas fundamentais dos indivíduos.³³⁴ De tal modo que, em caso de contraposição e choque, deve ser dada prioridade aos interesses privados. A prevalência dos direitos fundamentais aponta para um ônus argumentativo em favor do indivíduo, consubstanciado no brocardo *in dubio pro libertate*.³³⁵

Finalmente, a indeterminação do conteúdo de interesse público afasta um reconhecimento *a priori* de supremacia. A própria multiplicidade de seus contornos aponta na mesma direção. Não se fala mais em “interesse público”, e sim em “interesses públicos”, demonstrando a heterogeneidade das finalidades concretas a serem efetivadas pelo Estado.³³⁶

Ademais, ainda segundo os críticos do princípio da supremacia, a dissociação entre interesse público e privado repele noções imbricadas constitucionalmente, porquanto, como visto, o Estado representa uma realidade instrumental para a salvaguarda dos direitos fundamentais. Vale dizer, representa conteúdo imanente do interesse público a dimensão dos interesses individuais relacionados com os direitos fundamentais. Daí representar um paradoxo inaceitável o estabelecimento de uma relação de supremacia do interesse público diante do privado.

Às fundamentações adrede expostas são se vislumbram, regra geral, objeções significativas. O que se discute é a sua suficiência, teórico-metodológica, para abalar a noção de supremacia do interesse público.

Para tanto, será verificada a compatibilidade entre o conteúdo do princípio da supremacia do interesse público e os novos paradigmas acima assinalados. Vejamos.

A doutrina que trata especificamente do princípio da supremacia do interesse público não olvida do seu caráter relativo.

³³³ “Repensando o ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o privado’” *in*: Revista Trimestral de Direito Público n. 24, p. 165.

³³⁴ “A Constituição brasileira, muito mais do que qualquer outra, é uma Constituição-cidadã, justamente pela particular insistência com que protege a esfera individual e pela minúcia com que define as regras de competência da atividade estatal” (*Ibid.*, p. 166). Aponta nesse sentido, segundo o autor, os artigos 1º a 4º (normas princípios fundamentais), artigos 5º a 17 (direitos e garantias fundamentais) e artigos 145, 150 e 170, dentre outras (normas-princípios gerais), todas da Constituição Federal.

³³⁵ *Ibid.*, p. 166.

³³⁶ Floriano de Azevedo MARQUES NETO, *Regulação Estatal e interesses públicos*, p. 153.

Basta verificar, segundo as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, que a noção acerca do regime jurídico-administrativo se pauta pela dialeticidade entre, de um lado, o pressuposto da supremacia e, de outro, o da indisponibilidade do interesse público. Isto representa a clássica distinção levantada pela doutrina, nacional e estrangeira, que sintetiza o Direito Administrativo por meio da contraposição entre autoridade e liberdade, prerrogativas e sujeições, privilégios e garantias, poder e direito.

A noção de ponderação ou adequação entre estas duas noções gerais encontra-se, pois, embutida em tal esquema. Tal correlação representa uma imanência do regime jurídico-administrativo, sem a qual haveria deflagração do nepotismo ou da anarquia, conforme a radicalização pela autoridade ou liberdade, respectivamente.

Trata-se de ensinamento disseminado nas lições de Direito Administrativo. Já Oswaldo Aranha Bandeira de Mello o reproduzia:

embora se não possam prefixar, *a priori*, as normas de direito público ou privado, é impossível adotar-se exclusivamente o regime de coordenação comutativa entre as partes, porque seria impossível a autoridade, elemento de coexistência social. Tampouco seria possível reduzir-se tudo à subordinação, porque seria eliminar a liberdade, elemento definidor do Homem, ser racional e livre, razão da vida social.³³⁷

Assim também o pensamento do jurista argentino Roberto Dromi: “La antítesis entre estas dos polaridades no puede resolverse por una u otra, pues se corre el riesgo de caer en el despotismo e en la anarquía, según se opte por la autoridad o la libertad, sin límites y equilibrios”.³³⁸

Em artigo explicitamente contrário ao de Humberto Ávila, o jurista gaúcho Fábio Medina Osório pondera que

ninguém sustenta, salvo melhor juízo, a existência de um apriorístico e absoluto princípio de supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro, sendo rejeitada a idéia de um princípio que desrespeite o conjunto de direitos fundamentais consagrados na CF.³³⁹

³³⁷ *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 6.

³³⁸ *Acto Administrativo – ejecución, suspensión y recursos*, p. 10.

³³⁹ “Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro?” *in* Revista de Direito Administrativo, n. 220, p. 81. E prossegue o autor: “Resulta, portanto, fundamental e imprescindível contextualizar corretamente o discurso de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, o qual defende a existência de um princípio de superioridade do interesse público sobre o privado à luz de um universo dominado pela legalidade administrativa e pelo Estado de Direito Democrático” (*Ibid.*, p. 81).

A segunda objeção ao princípio da supremacia considera como inexistente qualquer vinculação com o ordenamento jurídico brasileiro. Como salientado por Humberto Ávila, representa, isso sim, um postulado ético-político, inconfundível com normas jurídicas (regras ou princípios).³⁴⁰

No entanto, afasta-se tal argumentação pela evocação do princípio constitucional implícito da supremacia do interesse público.

A demonstração da tese inicia-se pela análise das dimensões do princípio da supremacia. Para tanto, evoca-se a lição de Fábio Medina Osório, que o decompõe em três aspectos, quais sejam: (i) propulsor de uma cogente finalidade pública; (ii) legitimador dos privilégios concedidos à Administração Pública, e (iii) fundamentador das restrições de direitos individuais estreitadas com o exercício do poder de polícia ou no desempenho de atividades públicas protetivas de bens coletivos.³⁴¹

É inegável que a supremacia do interesse público encerra a idéia, tão comezinha no âmbito do Direito Público, de uma atuação vinculada à consecução da finalidade pública. A despeito da inexistência de dispositivo constitucional expresso em tal sentido,³⁴² comumente se evoca o princípio da finalidade, ou mesmo o princípio da impessoalidade, para justificar tal diretriz. Destaca-se este, haja vista previsão alçada em nível constitucional, *ex vi* do artigo 37, “caput”. Hely Lopes Meirelles, aliás, estabelece uma correspondência marcante entre impessoalidade e finalidade, a ponto de expor que aquele “nada mais é que o clássico princípio da finalidade”.³⁴³ Para prosseguir que “a finalidade terá sempre um objetivo certo e inafastável de qualquer ato administrativo: o interesse público”.³⁴⁴

Assinala Livia Zago, em percuciente estudo sobre o princípio da impessoalidade, que este “integra e constitui o objetivo e a finalidade do Estado, que é o interesse público e o bem comum, consistindo, nos termos do elenco de [Genaro] Carrió, parte ou ingrediente importante de algo, propriedade fundamental, núcleo básico, característica central”.³⁴⁵

Sob tal ótica, e este representa o ponto que se considera como sendo de tomo, incabível dissociar o conteúdo do princípio da supremacia de uma cogente atuação

³⁴⁰ “Repensando o ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o privado’ in: Revista Trimestral de Direito Público n. 24, p. 174.

³⁴¹ “Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro?” in Revista de Direito Administrativo, n. 220, p. 80, nota de rodapé n. 12.

³⁴² A Constituição de 1824, pelo contrário, adotava expressamente a diretriz em seu artigo 179, II: “Nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública”.

³⁴³ *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 85.

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 93.

³⁴⁵ *Princípio da Impessoalidade*, p. 136.

finalística da Administração. Ao contrário, imbricadas encontram-se tais noções. Isso demonstra, de maneira muito evidente, que da supremacia do interesse público não decorrem tão-somente prerrogativas.³⁴⁶

A conclusão é unívoca: o princípio expresso da impessoalidade, que aponta para a atuação finalística do Estado, representa corolário do princípio implícito da supremacia do interesse público.

Hidemberg Alves da Frota estabelece uma análise semelhante, atrelando o princípio da supremacia à noção de interesse geral da sociedade e da soberania popular. Para então vislumbrar no âmbito dos dispositivos constitucionais uma “centelha” daquele postulado.³⁴⁷

Por outro lado, igualmente pela feição das prerrogativas do aludido princípio, pode-se deduzir pela sua integração ao ordenamento jurídico brasileiro.

Embora se reconheça que a Constituição Federal de 1988 assinala como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), verdadeira matriz axiológica dos direitos fundamentais, inegável que tal compostura da Carta Magna não exclui a atribuição de prerrogativas à Administração. Pelo contrário, na medida em que tais privilégios detêm uma função meramente instrumental, ao serviço do bem comum, um dos aspectos pelos quais se dá a efetivação dos direitos fundamentais consiste no exercício das potestades públicas.

Ademais, afastar a imanência principiológica da supremacia do interesse público seria tornar inconstitucional toda e qualquer prerrogativa prevista pela legislação. Não é o que se verifica, contudo. O ordenamento jurídico brasileiro está repleto de normas que conferem privilégios à Administração (a exemplo do poder de alteração unilateral dos contratos administrativos, da possibilidade de aplicação de sanções administrativas, da prerrogativa de desapropriar, tombar e instituir servidão administrativa sobre o bem dos particulares, dos prazos processuais diferenciados, dentre muitos outros) e sobre todos eles não incide qualquer mácula.³⁴⁸

³⁴⁶ Fábio Medina OSÓRIO (“Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro?” in *Revista de Direito Administrativo*, n. 220, p. 89) aponta que “a prevalência do interesse público sobre o privado é uma norma constitucional direcionada, em primeiro e básico momento, especificamente ao controle das atividades públicas, é dizer, não entra em jogo, desde logo, como um privilégio da Administração Pública em detrimento dos interesses dos particulares (propriedade, liberdade)”.

³⁴⁷ *O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Positivo comparado: expressão do interesse geral da sociedade e da soberania popular*, p. 52-55.

³⁴⁸ Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (*Direito Administrativo*, p. 61). Por oportuno, cita-se o pensamento de Ricardo Marcondes Martins, que defende o mesmo raciocínio: “legislar é cumprir a Constituição, é concretizar os princípios constitucionais; para editar as leis deve também o legislador efetuar uma ponderação entre os

Consigne-se que a mesma razão justificadora das prerrogativas da Administração se presta a legitimar as ações públicas restritivas de direitos individuais e protetivas de bens coletivos.³⁴⁹ Ora, é neste contexto teórico que se justifica no âmbito constitucional o atributo da autoexecutoriedade do ato administrativo.

Por fim, a consideração feita pela doutrina acerca da necessária correlação entre interesse público e interesse individual se apresenta ineficaz para soçobrar o pressuposto da supremacia. Conquanto a tentativa de precisão do termo interesse público se apresente como “a grande questão do direito administrativo”,³⁵⁰ impende reconhecer que a doutrina que adota o princípio da supremacia é a mesma que estabelece o liame entre interesse público e privado.

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma de maneira muito contundente a existência de tal relação. Assinala o jurista que o interesse público representa o “interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”.³⁵¹

Igualmente não afasta a supremacia do interesse público o reconhecimento de uma pluralidade de interesses que assumem tal jaez. Dada a complexidade da sociedade atual, não se fala mais em interesse público monocórdio e sim em uma pluralidade de interesses, no âmbito dos quais se incluem os denominados interesses difusos e coletivos. Porém, para a correta inteligência do princípio da supremacia, o respectivo interesse deve ser entendido como o melhor interesse, à luz da ponderação entre os múltiplos interesses envolvidos.³⁵²

Aos doutrinadores que “desconstruíram” o princípio da supremacia e propugnaram pela sua superação, seguiram-se outros, que expressamente afastaram tal entendimento, corroborando a relevância do postulado.

Entre estes, cite-se José dos Santos Carvalho Filho, para quem

Se é evidente que o sistema jurídico assegura aos particulares garantias contra o Estado em certos tipos de relação jurídica, é mais evidente ainda

princípios incidentes (...). Ora, se não houvesse o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, as leis instituidoras de prerrogativas à Administração seriam todas inconstitucionais” (*Efeitos dos vícios dos atos administrativos*, p. 194, nota de rodapé n. 64).

³⁴⁹ Fábio Medina Osório “Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro?” in *Revista de Direito Administrativo*, n. 220, p. 99.

³⁵⁰ Eros GRAU, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, p. 125.

³⁵¹ *Curso de direito administrativo*, p. 53.

³⁵² Como assinalado por Gustavo BINEMBOJM, crítico da supremacia, “o melhor interesse público só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que permita a realização de todos eles na maior extensão possível” (*apud* Alice Gonzalez Borges, “Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?”, *In: Revista de Direito do Estado*, p. 150).

que, como regra, deva respeitar-se o interesse coletivo quando em confronto com o interesse particular. A existência de direitos fundamentais não exclui a densidade do princípio. Este é, na verdade, o corolário natural do regime democrático, calcado, como por todos sabido, na preponderância das maiorias.³⁵³

No mesmo sentido encontra-se Raquel Melo Urbano Carvalho, que pondera:

Afinal, render-se à existência do princípio da supremacia do interesse público não quer dizer negar a existência de outros princípios como o da boa-fé objetiva, da isonomia, da segurança jurídica ou da dignidade da pessoa humana, que incidirão na própria definição do interesse público primário.³⁵⁴

Destaque seja dado à já referida análise procedida por Fábio Medina Osório, bem como ao artigo de Alice Gonzalez Borges.

Assinala a jurista baiana que o estabelecimento de uma relação imanente entre o princípio da supremacia e o despotismo constitui verdadeiro sofisma, não se podendo confundir a aplicação prática do postulado, com a sua configuração jurídico-sistemática.³⁵⁵

Pondera – após tecer considerações sobre o interesse público, sua configuração constitucional, bem como o conteúdo de tal noção digna de supremacia - que o princípio ora discutido constitui alicerce da estrutura democrática, motivo pelo qual a sua “desconstrução” merece ser repelida. No entanto, em homenagem aos juristas que propõem a abolição da supremacia do interesse público, aproveitando-se de várias de suas lições, propugna a “reconstrução” da noção combatida, nos seguintes termos:

Quando o direito administrativo faz da supremacia do interesse público – isto é, a habitual (mas não absoluta, nem eterna) prevalência do querer valorativo majoritário dos integrantes da sociedade – o (único) fundamento e justificativa para o exercício das chamadas prerrogativas de potestade pública, é para manter o mínimo de estabilidade e ordem necessária para a vida em sociedade.

(...)

Entretanto, a complexidade da vida atual leva ao surgimento de uma multiplicidade de interesses agasalhados na proteção constitucional, que às vezes entram em conflituosidade.

³⁵³ *Manual de Direito Administrativo*, p. 27.

³⁵⁴ *Curso de Direito Administrativo*, p. 69.

³⁵⁵ “É preciso não confundir a supremacia do interesse público – alicerce das estruturas democráticas, pilar do regime jurídico-administrativo – com as suas manipulações e desvirtuamentos em prol do autoritarismo retrógrado e reacionário de certas autoridades administrativas. O problema, pois, não é do princípio: é, antes, de sua aplicação prática” (*Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?*, p. 139).

Nesses casos, há que sopesá-los, na busca da realização do melhor interesse público, otimizando soluções que resguardam ao máximo possível a inteireza de cada um dos interesses postos em confronto pelas exigências da realidade.³⁵⁶

Como se vê, reina no cenário doutrinário atual, viva polêmica sobre a compostura principiológica da supremacia do interesse público. No entanto, a despeito da relevância e da percuciência das ponderações dos juristas cujo entendimento aponta para a abolição desta noção, elas não se prestam a afastar o pressuposto da supremacia do interesse público.

Repita-se, não se trata de rebater os fundamentos desenvolvidos. Inegável, no atual estágio que assume o direito constitucional, a plena eficácia e efetividade dos direitos fundamentais. Igualmente verdadeira a multiplicidade dos interesses em conflito, bem como a necessidade de uma ponderação entre eles.

O que ora se questiona é que, a partir de tais pressupostos, propugne-se pelo afastamento, a título de consequência necessária, do princípio da supremacia do interesse público. No entanto, como visto, verifica-se plena compatibilidade entre tais idéias, motivo pelo qual se reputa como legítima sua coexistência.

Mais do que isso, a noção de princípio da supremacia do interesse público deve se manter íntegra, porquanto funciona como verdadeiro alicerce da estrutura democrática e da própria soberania popular.³⁵⁷

Prescindir do princípio da supremacia representaria abdicar do fundamento das prerrogativas do Poder Público e das restrições incidentes nos direitos individuais. Instaurar-se-ia de maneira muito evidente o caos social. Como assinalado por Alice Gonzalez Borges, “ficaríamos com uma sociedade anárquica e desorganizada, e os cidadãos ver-se-iam privados de um de seus bens mais preciosos, que é o mínimo de segurança jurídica indispensável para a vida em sociedade”.³⁵⁸ A propósito, acerca da segurança jurídica, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello representar o maior de todos os princípios gerais de direito.³⁵⁹

Daí a sua relevância, bem como a necessidade de sua reafirmação.

³⁵⁶ *Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?*, p. 153.

³⁵⁷ Hidemberg Alves FROTA, *O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Positivo comparado: expressão do interesse geral da sociedade e da soberania popular*, In: *Revista de Direito Administrativo*, p. 52-55.

³⁵⁸ *Ibid.*, p. 138.

³⁵⁹ *Curso de direito administrativo*, p. 87.

Sobre a relação entre o princípio da supremacia e a execução via administrativa, esta se apresenta como evidente. Assim vislumbra Renato Alessi:

Ahora bien, téngase en cuenta que la supremacía de la Administración se desarrolla no solamente en la fase de emanación del acto, sino también en la fase posterior de la realización coactiva del acto en caso de falta de cumplimiento espontáneo, esto es, en la fase de ejecución práctica de la voluntad Administrativa.

En esta fase, la supremacía de la Administración se desarrolla con las instituciones de la ejecutoriedad del acto administrativo y de la autotutela de la Administración (...).³⁶⁰

Consequência disto é a existência efetiva de um fundamento constitucional ao exercício da autoexecutoriedade.

3.6. Relação com a presunção de legitimidade do ato administrativo

Diversos autores, tanto nacionais quanto estrangeiros, atribuem à presunção de legitimidade (ou presunção de legalidade, como preferem alguns) dos atos administrativos a condição de fundamento da autoexecutoriedade. Neste sentido, na medida em que tal presunção decorre do princípio da legalidade, extrai-se a conclusão silogística de que tal correlação confirma a adequação do atributo da execução administrativa com o princípio da legalidade.

Dentre os autores nacionais, mencione-se Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, para quem representa uma “razão jurídica” da autoexecutoriedade a “presunção de legitimidade dos atos públicos”.³⁶¹ Da mesma forma entende Hely Lopes Meirelles, como se pode perceber pela seguinte passagem:

(...) a presunção de legitimidade dos atos administrativos responde a exigências de celeridade e segurança das atividades do Poder Público, que não poderiam ficar na dependência da solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade de sua atos, para só após dar-lhes execução.

A presunção de legitimidade autoriza a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos, mesmo que argüidos de vícios ou defeitos que os levem à invalidade.³⁶²

³⁶⁰ *Instituciones de Derecho Administrativo*, p. 207.

³⁶¹ *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 616.

³⁶² *Direito administrativo brasileiro*, p. 161.

Na doutrina estrangeira, encontra-se Marcello Caetano, para quem “os actos da Administração gozam da presunção de legalidade, o que envolve a sua imediata obrigatoriedade e a executividade dos imperativos nele contidos”.³⁶³ No mesmo sentido encontra-se Mercedes Lafuentes Benaches:

Si, como venimos diciendo, el contenido del acto administrativo se impone a su destinatario porque se presume legal y al particular únicamente le queda la posibilidad de hacer verificar su legalidad a posteriori, resulta coherente que las consecuencias jurídicas de dicho acto también puedan imponerse forzosamente al administrado cuando éste se resiste a cumplirlo, ya que ello es una consecuencia más de la imperatividad del acto que encuentra su razón de ser en dicha presunción.³⁶⁴

No entanto, tal formulação não parece se sustentar.

O raciocínio que será desenvolvido exigirá uma ligeira investigação sobre o conteúdo da presunção de legitimidade, bem como sobre os seus efeitos em relação ao administrado.

Tal atributo representa a qualidade que os atos administrativos apresentam de se presumirem verdadeiros e conformes ao Direito.³⁶⁵ Esta a compreensão que prevalece amplamente no cenário doutrinário nacional. Decorre do princípio da legalidade, que impõe a expedição de atos de acordo com o modelo previamente traçado em lei.³⁶⁶

A presunção de legitimidade não é absoluta, por admitir prova em contrário, assumindo, logo, caráter relativo (*juris tantum*). Deste modo, de acordo com alguns juristas, representa relevante consequência de tal presunção a inversão do ônus da prova. Trata-se de seu efeito que acentua marcadamente o contraste entre Administração e particular, a ponto de representar um “fantasma que normalmente apavora quem litiga com a Administração”.³⁶⁷

Com base nisto, o particular afetado pelo ato assume o ônus de contestar e comprovar que a declaração emitida pelo Poder Público encontra-se em desconformidade com o ordenamento. É o que assinala Hely Lopes Meirelles, defensor da tese segundo a qual “a

³⁶³ *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, vol. I, p. 562*.

³⁶⁴ *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la administración pública: Fundamento constitucional e régimen jurídico*, p. 34.

³⁶⁵ Cf. BANDEIRA E MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* p. 413). Alguns autores, a exemplo de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, preferem desdobrar o atributo, destacando, de um lado, a presunção de legitimidade, que representa a conformidade do ato com a lei, e, de outro, a presunção de veracidade, relacionada com os fatos alegados pela Administração, que devem ser presumidos como verdadeiros (*Direito administrativo*, pp. 197-8).

³⁶⁶ Cf. Hely Lopes MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*, p. 161.

³⁶⁷ Sérgio FERRAZ e Adilson Abreu DALLARI, *Processo Administrativo*, p. 173.

prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante, e até sua anulação o ato terá plena eficácia”.³⁶⁸

No entanto, observa-se de maneira crescente na doutrina a adoção de um entendimento que mitiga tal efeito da inversão do ônus da prova. Para os seus defensores, conferir tamanho peso ao atributo da presunção é acentuar o vizez autoritário da Administração, em claro desprestígio à situação do administrado, que se veria, muitas vezes, na condição insustentável de comprovar a desconformidade do ato.

Assim, para Celso Antônio Bandeira de Mello, a presunção somente existe até serem os atos questionados em juízo.³⁶⁹ Observe-se que este autor delimita a contestação no âmbito jurisdicional.

Posição mais ampla é defendida por Lúcia Valle Figueiredo, para quem dita presunção vige até o momento de ser impugnada em juízo, ou “também fora dele, quando contestado administrativamente”.³⁷⁰ Explica a autora a sua posição:

Caberá à Administração provar a estrita conformidade do ato à lei, porque ela (Administração) é quem detém a comprovação de todos os atos e fatos que culminaram com a emanção do provimento administrativo contestado.

Determinada, por exemplo, a demolição de imóvel por ameaça à incolumidade pública, se houver contestação em juízo, deverá a Administração provar (por meio de estudos técnicos ou pareceres de profissionais competentes) que o imóvel ameaçava ruína e que desse fato resultava a periclitância da incolumidade pública.³⁷¹

Salientam Sérgio Ferraz e Adilson Dallari que a presunção de legalidade não pode se prestar à proteção de abusos da Administração. Dizer que ela é relativa, no sentido de inverter o ônus da prova, ainda não é suficiente. Este entendimento tradicional representa “um reflexo do brutal autoritarismo que sempre caracterizou a Administração Pública Brasileira”.³⁷² A solução mais consentânea com o Estado de Direito é a de que “a presunção de legalidade somente pode valer enquanto não houver impugnação do ato administrativo por quem foi por ele afetado”.³⁷³

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a despeito de aceitar a inversão do ônus da prova, incute-lhe uma certa relativização. Efeito inequívoco da presunção é a inversão do ônus de

³⁶⁸ *Direito administrativo brasileiro*, p. 161.

³⁶⁹ *Curso de direito administrativo*, p. 413.

³⁷⁰ *Curso de direito administrativo*, p. 191.

³⁷¹ *Ibid.*

³⁷² *Processo Administrativo*, p. 175.

³⁷³ *Ibid.*, p. 174.

agir, de tal sorte que incide sobre o particular o encargo de impugnar o ato. Quanto à inversão do ônus da prova, salienta esta autora que ela não se apresenta de maneira absoluta: “a parte que propôs a ação deverá, em princípio, provar que os **fatos** em que fundamenta a sua pretensão são verdadeiros; *porém isto não libera a Administração de provar a sua verdade* ”.³⁷⁴

Como se vê, esta mitigação da presunção de legitimidade repercute necessariamente na relação que alguns autores acreditam haver com a autoexecutoriedade. De tal sorte que se apresenta como incompatível esta compostura da presunção de legitimidade com a possibilidade de execução do ato na hipótese de sua impugnação, administrativa ou judicial, pelo particular. Isto demonstra o anacronismo em se aceitar de maneira ampla e irrestrita a relação entre estes atributos.

Outra posição que não se pode desconhecer é aquela que refuta a idéia de presunção de legitimidade nos moldes tradicionais. Na doutrina nacional, encontra-se Florivaldo Dutra de Araújo, que tece severa crítica à concepção clássica da presunção de legalidade, “índice do quanto ainda impregnam o estudo de Direito Administrativo certas ideologias autoritárias”.³⁷⁵ Para este autor, não se pode estabelecer uma desigualdade entre os atos administrativos e os atos privados no que tange à presunção que os cerca, na medida em que inexiste previsão legal genérica que estabeleça tal diferenciação. “A presunção legal relativa só existirá quando houver dispositivo de lei consagrando-a”, a exemplo do art. 3º da Lei 6.830/1980, que confere tal presunção às certidões de dívida ativa.³⁷⁶ E conclui:

Portanto, ao contrário do que afirma, em uníssono, a doutrina administrativista, os atos administrativos possuem, fora as exceções indicadas em lei específicas, a presunção *hominis* de legalidade, baseada nas circunstâncias aparentes que os envolvem e que são percebidas pelo senso comum, com base no que normalmente ocorre.³⁷⁷

A propósito, cite-se o entendimento de Flávio Bauer Novelli. “Esta ‘presunção de legitimidade’ pode ser de fato, do ponto de vista psicológico, um fator importante no processo de realização do provimento, mas não tem verdadeira significação jurídica”.³⁷⁸

³⁷⁴ *Direito administrativo* , p. 199 (negrito no original; itálico nosso).

³⁷⁵ *Motivação e Controle do Ato Administrativo* , p. 58.

³⁷⁶ *Ibid.* , p. 61. “Se existisse presunção legal relativa para todos os atos administrativos, seria obviamente dispensada a sua fixação casuística, tal como no exemplo citado. Além disso, constituir-se-ia em privilégio injustificável no Estado de Direito”.

³⁷⁷ *Ibid.* .

³⁷⁸ *A eficácia do ato administrativo* , p. 33, nota 67.

Na doutrina estrangeira, Carla Amado Gomes se opõe com ênfase à ideia da presunção de legalidade, nomeadamente quanto à sua relação com o privilégio da execução administrativa. Justifica com o argumento de que tal presunção não detém a força comumente a ela atribuída. Se é verdade que “poderia legitimar a necessidade de obediência do particular a uma determinação inválida”, não menos inequívoco que não se presta a conceder, “por si só, à Administração o poder de, perante a recusa do destinatário, lhe impor coercitivamente o seu acatamento”.³⁷⁹ Ademais, sob o ângulo processual, refuta o efeito que comumente se confere à presunção, referente à inversão do ônus da prova. Da mesma forma que os autores brasileiros acima mencionados, a jurista portuguesa prega que “o único ônus em que o particular fica investido é o de recorrer o acto, para se furtar às suas consequências negativas”.³⁸⁰

Buscando a “desconstrução” da presunção de legalidade, Carla Amado acaba por reconduzir tal noção à ideia de imperatividade do ato administrativo, entendida como o atributo pelo qual as decisões administrativas são impostas aos particulares, sem a necessidade de sua concordância.³⁸¹ E afirma, em ponto que se apresenta como essencial:

Da imperatividade do acto resulta tão só a sua força vinculante em termos decisórios, mas nada mais. O fundamento do poder de execução coerciva, poder essencialmente distinto da definição do Direito, vai encontrar-se, não numa noção mítica de presunção de legalidade, mas tão-só e exclusivamente na fonte de todo o poder público num Estado de Direito: a constituição e as leis que a concretizam.³⁸²

Entende-se que tais ponderações são procedentes em parte. Não se pode deixar de reconhecer que a presunção de legitimidade cumpre algumas funções no ordenamento jurídico-administrativo. É verdade que muitos dos seus efeitos foram mitigados, como foi visto em relação à inversão do ônus da prova. No entanto, isto não lhe retira a caracterização como atributo passível de certa autonomia.

O que não se admite a propósito da presunção de legitimidade é conferir-lhe tamanha força, a ponto de representar uma justificativa jurídica à autoexecutoriedade. Fazê-lo seria atentar contra o próprio Estado de Direito, bem como desconsiderar dois momentos que,

³⁷⁹ *Contributo para o estudo das operações materiais da administração pública e do seu controlo jurisdicional*, p. 91.

³⁸⁰ *Ibid.*, p. 96.

³⁸¹ Cf. GOMES, Carla Amado Gomes (*ibid.*, p. 95). Observe-se que a noção de imperatividade adotada em Portugal equivale à consagrada no Brasil.

³⁸² *Ibid.*, p. 100.

acredita-se, devem ser apartados no estudo do ato administrativo: o de declaração e o de execução.

3.7. Princípio da eficiência

Observa-se na Espanha recorrente evocação ao princípio da eficácia como justificativa para o exercício da execução forçada. Como salientado por Mercedes Lafuentes Benaches, muito embora a Constituição daquele país não reconheça expressamente a potestade de execução forçada administrativa, o Tribunal Constitucional “lo hace implícitamente al estimar conformes con la Constitución las leyes que otorgan y regulan esta potestad”.³⁸³

A doutrina espanhola costuma citar decisão proferida pelo Tribunal Constitucional em 1984. Cabível reprodução de seu principal trecho:

La potestad de la Administración de autoejecución de las resoluciones y actos dictados por ella se encuentra en nuestro Derecho positivo vigente legalmente reconocida y no puede considerarse que sea contraria a la Constitución. Es verdad que el artículo 117.3 de la Constitución atribuye al monopolio de la potestad jurisdiccional, consistente en ejecutar lo decidido, a los Jueces y Tribunales establecidos en las Leyes, pero no es menos cierto que el artículo 103 reconoce como uno de los principios a los que la Administración pública ha de atenerse el de eficacia, ‘con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho’. Significa ello una remisión a la decisión del legislador ordinario respecto de aquellas normas, medios e instrumentos en que se concrete la consagración de la eficacia. Entre ellas no cabe duda que se puede encontrar la potestad de autotutela o autoejecución practicable genéricamente por cualquier Administración Pública (art. 103 y 140 CE).³⁸⁴

A eficácia representa princípio de estatura constitucional na Espanha, insculpada no art. 103 da Constituição de 1978, dispositivo este referido na decisão acima reproduzida.³⁸⁵

Em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, inexistente, ao menos expressamente, um princípio de eficácia. O seu correspondente mais próximo é o princípio da eficiência, previsto no art. 37, “caput”, da Constituição Federal.

³⁸³ *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la administración pública: Fundamento constitucional e régimen jurídico*, p. 38.

³⁸⁴ Cf. ENTERRÍA e FERNÁNDEZ (*Curso de derecho administrativo*, p. 537). V. tb. Mercedes Lafuente Banaches (ob. cit., p. 38).

³⁸⁵ Este o seu teor: “1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

Não se pretende neste trabalho tecer maiores considerações sobre a distinção entre eficácia e eficiência. De um modo geral, a doutrina que trata do assunto acaba por apartar tais noções. A própria Constituição aponta nesse sentido, como se pode notar pela redação de seu art. 74, inciso II.³⁸⁶

Para Egon Bockmann Moreira,

Eficácia administrativa é a potencialidade de concreção imediata dos fins preestabelecidos em lei, a idoneidade do ato para produção de seus efeitos (...). Já a eficiência administrativa impõe que esse cumprimento da lei seja concretizado com um mínimo de ônus sociais, buscando o puro objetivo do atingimento do interesse público de forma ideal, sempre em benefício ao cidadão.³⁸⁷

Cumpra observar a existência, a despeito da distinção procedida, de uma relação entre as noções de eficácia e eficiência. Como mencionado por Paulo Modesto, a “eficiência pressupõe a eficácia do agir administrativo, mas não se limita a isto. A eficácia é, juridicamente, um *prius* da eficiência”.³⁸⁸

Antônio Carlos Cintra do Amaral igualmente procede à distinção, mas em outros termos. Embora reconheça este autor que a significação comum aproxime os vocábulos, o seu significado científico-jurídico os afasta. Partindo de noções da ciência da Administração, passando em seguida por lições do Direito Privado, acaba por concluir que a “eficiência refere-se aos meios, enquanto a eficácia está relacionada com os resultados”.³⁸⁹

Preferível a noção estampada por Paulo Modesto, que confere duas dimensões à eficiência. A primeira, como racionalidade no uso dos meios; a segunda, como satisfatoriedade dos resultados.³⁹⁰ Ao estabelecer que a eficiência abrange tanto os meios quanto os resultados, está se afirmado que a atividade administrativa deve ser encarada, concomitantemente, como uma obrigação de meios e de resultados, numa alusão à classificação utilizada pelo direito privado. “Não é apenas uma ou outra exigência, mas *as duas idéias conjugadas*. (...) A eficiência, para os administradores, é um simples problema de

³⁸⁶ “Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno, com a finalidade de: (...) II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à **eficácia e eficiência**, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da Administração Federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado” (negrito nosso).

³⁸⁷ *O Processo Administrativo no Direito Brasileiro*, p. 181. No mesmo sentido Sérgio FERRAZ e Adilson Abreu DALLARI (*Processo Administrativo*, p. 100).

³⁸⁸ *Notas para um Debate sobre o Princípio da Eficiência*. In: Revista Trimestral de Direito Público, n. 31, p. 54.

³⁸⁹ *O princípio da eficiência no direito administrativo*. In: Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 14, junho-agosto, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12 de dezembro de 2008.

³⁹⁰ *Ibid.*, p. 54.

otimização de meios; para o jurista, diz respeito tanto à otimização dos meios quanto à qualidade do agir final”.³⁹¹ Deste modo, não basta o melhor planejamento e desempenho para o exercício da função administrativa; tampouco o melhor resultado, por si só, é elemento de aferição da eficiência. Ambas as dimensões sofrem a incidência do princípio.

Estabelecida, se não uma identidade, ao menos uma correlação entre eficácia e eficiência, relevante verificar se o princípio da eficiência, adotada no Brasil, se presta a justificar o atributo da autoexecutoriedade, nos mesmos moldes que procede a jurisprudência espanhola a propósito do princípio da eficácia. De início, constata-se a inexistência de qualquer referência a tal aspecto na doutrina e jurisprudência pátrias.

A inserção da eficiência como princípio constitucional expresso, no “caput” do art. 37, se deu com a Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, marco da denominada Reforma Administrativa. A eficiência surgiu claramente de uma ideologia neoliberal, que, diante da crise enfrentada, a nível mundial, pelo Estado do Bem-Estar Social, propunha um reaparelhamento, uma redefinição de seu papel, buscando, como escopo último, o aperfeiçoamento da atuação administrativa.

Porém, não se poder dizer que o princípio da eficiência era até então desconhecido ou ignorado no meio jurídico. A uma, porque a Constituição já trazia em seu bojo referências expressas ao termo “eficiência”, como em seus arts. 74, inciso II, e §7º do art. 144.³⁹² Igualmente em nível infraconstitucional, no âmbito de reforma administrativa pretérita, Maria Sylvia aponta a previsão da eficiência no Decreto-lei 200/67.³⁹³ Também pode ser citada a Lei n. 8.887/95³⁹⁴ (Lei Geral das Concessões), bem como a Lei Orgânica do Município de São Paulo, de 1990.³⁹⁵ A duas, já entendia a doutrina, assim também a jurisprudência, que a eficiência era princípio implícito, decorrente do próprio Estado de Direito.

Por conta disto é que Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que “este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da ‘boa administração’”.³⁹⁶ No mesmo sentido Almiro de Couto

³⁹¹ Cf. Paulo Modesto (*Notas para um Debate sobre o Princípio da Eficiência*. In: Revista Trimestral de Direito Público, n. 31, p. 54).

³⁹² “A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a **eficiência** de suas atividades” (nosso o grifo).

³⁹³ *Direito Administrativo*, p. 83. Diversos dispositivos fazem alusão à eficiência, como o art. 26, inciso III (sujeição da Administração Indireta à supervisão ministerial, quanto à eficiência) e art. 100 (demissão do servidor comprovadamente ineficiente).

³⁹⁴ Na definição de serviço adequado (art. 6º, §1º).

³⁹⁵ Ao preconizar que o serviço público deve ser prestado com eficiência (art. 123, parágrafo único).

³⁹⁶ *Curso de Direito Administrativo*, p. 122.

para quem “a introdução, pela Emenda Constitucional 19/1998, da eficiência entre os princípios que regem a administração pública é mais uma expressão do vezo barroco da repetição, do gosto ou da opção pelo excesso, que permeia todo o texto da Constituição de 1988 (...)”.³⁹⁷

Hely Lopes Meirelles, inclusive, já inseria a eficiência no rol dos *deveres da Administração*.³⁹⁸ Também Jessé Torres Pereira Júnior:

No que tange ao arrolamento da eficiência entre os princípios reitores da atividade administrativa estatal, só se pode compreender como uma figura de estilo, um reforço de linguagem para enfatizar o que é inerente à Administração Pública e é dela reclamado pelos administrados, justificadamente.³⁹⁹

Dáí se dizer que ela não representa nenhuma novidade no Direito administrativo brasileiro.

Surge, então, o questionamento acerca da real consequência jurídica decorrente da caracterização da eficiência como princípio constitucional da Administração Pública, a partir de 1998. Teria havido alguma mudança de paradigma no âmbito de sua interpretação e aplicação?

Na verdade, o trabalho hermenêutico deve ser reforçado. Tão relevante quanto tentar se buscar eventual alargamento do princípio da eficiência, imprescindível afastar justamente as extensões e correlações interpretativas impróprias.⁴⁰⁰

Quanto a isto, peculiaridade jurídica da maior relevância não pode ser olvidada. Incabível se emprestar à eficiência valor absoluto, em cotejo com os demais princípios da Administração. Ele deve ser interpretado, desta forma, em conjugação com a legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, assim também com os demais princípios, explícitos ou não. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito”.⁴⁰¹ Celso Antônio Bandeira de Mello compartilha do mesmo

³⁹⁷ Apud Egon Bockmann MOREIRA, *Processo Administrativo*, p. 160.

³⁹⁸ *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 108.

³⁹⁹ *Da Reforma Administrativa Constitucional*, p. 41.

⁴⁰⁰ “Ao estabelecer a ‘eficiência’ como razão maior da conduta administrativa pública aumentam-se os sempre constantes perigos de desvios inerentes a essa atividade” (Egon MOREIRA, *ibid.*, p. 162).

⁴⁰¹ *Direito Administrativo*, p. 83.

entendimento ao afirmar que deve ser entendida a eficiência “na intimidade do princípio da legalidade”.⁴⁰²

Na mesma esteira encontra-se Egon Bockmann Moreira: “não há cumprimento ao princípio da eficiência que pressuponha ou autorize menosprezo aos demais cânones constitucionais. (...) a compreensão dos princípios constitucionais dá-se dentro de uma concepção de um sistema harmônico e coeso”.⁴⁰³

Destaque seja dado, como salientado por Di Pietro e Bandeira de Mello, à sua correspondência com o princípio da legalidade, baseada, segundo a posição dissonante de alguns, em uma *relação de oposição*.⁴⁰⁴ Fica-se, no entanto, com aqueles que vislumbram não uma polarização entre os princípios, e sim uma relação, digamos, simbiótica, extraída da máxima constitucional interpretativa da harmonização (ou concordância prática).

Este o aspecto que deve ser enfatizado para uma correta compreensão da relação entre eficiência e autoexecutoriedade. Inexiste eficiência à margem da legalidade, parâmetro inafastável ao exercício de competências públicas. Assim, incabível que o postulado da eficiência represente condição suficiente ao exercício da potestade executória.

Seria uma grave distorção do ordenamento jurídico admitir em nome de uma atuação “eficiente” da Administração, o desenvolvimento da execução administrativa desprovido de base legal.

Outrossim, utilizar o princípio da eficiência como justificativa principal do atributo da autoexecutoriedade representa uma verdadeira petição de princípios. Tal afirmação leva ao reconhecimento reflexo de que os sistemas que não se valem da autoexecutoriedade são ineficientes, o que, evidentemente, não se pode admitir.

Por fim, cabível a advertência formulada por Egon Bockmann Moreira, para quem o princípio da eficiência se dirige à maximização do respeito à dignidade da pessoa humana, finalidade básica da Administração Pública num Estado Democrática de Direito. Por conta disto é que não se trata de princípio que autoriza a supervalorização dos chamados instrumento públicos secundários.⁴⁰⁵

⁴⁰² *Curso de direito administrativo*, p. 122.

⁴⁰³ *Processo Administrativo*, p. 180.

⁴⁰⁴ Maria Sylvia Zanella DI PIETRO faz menção a Jesus Leguina Villa (*Direito Administrativo*, p. 83).

⁴⁰⁵ *Processo Administrativo*, p. 161.

CAPÍTULO 4. REGIME JURÍDICO GERAL DA AUTOEXECUTORIEDADE

4.1. Meios para o exercício da autoexecutoriedade

Sob a denominação autoexecutoriedade inserem-se meios heterogêneos de atuação, todos detendo em comum o fato de prescindirem de autorização judicial e de implicarem em uma operação material da Administração.

Tais formas de exercício do atributo são comumente relacionadas com a respectiva obrigação pública descumprida pelo particular. Esta conexão é evidente, vez que a natureza do comando normativo encontra-se estritamente vinculada com a maneira de sua implementação pela Administração. Assim, torna-se útil a indicação das modalidades de obrigações públicas.

Advirta-se, no entanto, que a atuação do Poder Público também pode se dar de maneira direta, sem que se interponha qualquer ônus público inadimplido. Neste caso, igualmente haverá autoexecutoriedade.

De acordo com Seabra Fagundes, as obrigações podem ser (i) positivas, consistentes em uma obrigação de fazer ou de dar; (ii) negativas, consubstanciadas em uma obrigação de não fazer; (iii) mistas, representadas pela obrigação de suportar.⁴⁰⁶

Ressalte-se que a natureza da obrigação também admite a categoria de (i) fungível, conforme o seu cumprimento possa ser dado por outra pessoa que não o obrigado ou (ii) infungível, em caso contrário.

Os autores estrangeiros que abordam os meios de implementação se valem, quando o caso, da respectiva legislação geral que disciplina a executoriedade. É o que fazem, por exemplo, os portugueses e os alemães.

Em nosso direito, carente de uma normatização geral, a parca doutrina que trata de tal aspecto não é acorde. Seabra Fagundes expõe três modos para o exercício da execução administrativa: realização da obrigação pelo particular ou por terceiro; conversão de uma obrigação em outra, de modo que a ação administrativa passa a incidir sobre bem do devedor; e apreensão de coisa.⁴⁰⁷ Salienta que, em relação a determinadas obrigações de fazer e de

⁴⁰⁶ *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, pp. 254-5.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, pp. 267-8.

suportar, o interesse público somente é satisfeito com a prática do próprio ato objeto do ônus, o que se dá ou com a coação do obrigado à prestação, ou com a execução da obrigação por outrem. Já nas obrigações de não fazer, “sempre infungíveis”, é necessário “fazer atuar a ação do Estado diretamente sobre a pessoa”.⁴⁰⁸ Por fim, a apreensão de bens merece aplicação nas obrigações de dar, quando, pela direta disposição da coisa, restar satisfeito o interesse encerrado no comando.

Também tece considerações a respeito Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, traçando as hipóteses de autoexecutoriedade de acordo com as modalidades de obrigação.⁴⁰⁹

Prefere-se a classificação advinda do direito francês, que distingue duas formas de autoexecutoriedade: a execução de ofício (*exécution d’office*) e a execução forçada (*exécution forcée*). Justifica-se a predileção pela suficiência na explicação do fenômeno com a utilização de menos recursos teóricos.

4.1.1. Execução de ofício

Para Jean Rivero, trata-se da execução que não é rigorosamente pessoal, de tal sorte que “a Administração pode proceder em lugar do particular em falta”, substituindo-se a este, executando de ofício.⁴¹⁰

Como se vê, a realização da obrigação pública se dá pela própria Administração, que pode encarregar a execução a um terceiro. Nesse sentido, somente cabível nas obrigações de fazer fungíveis. Também é denominada *execução subsidiária* ou *execução por sub-rogação*, conforme aponta José Roberto Dromi.⁴¹¹

Assinala este autor:

Un medio específico de la ejecución administrativa es la subrogación. Tiene lugar cuando se trata de actos no personalísimos, que impliquen una actividad material y fungible realizable por un sujeto distinto del obligado. En estos casos la administración realizará el acto ejecutándolo directamente por sí, de oficio, o por terceros con cargo al obligado remiso, el cual responde de los daños y perjuicios que se hayan producido, por ej.: la

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 269.

⁴⁰⁹ *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, pp. 629-32.

⁴¹⁰ Cf. RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*, p. 119.

⁴¹¹ *Acto administrativo: ejecución, suspensión y recursos*, p. 69.

obligación que se imponga a un administrativo de demoler una construcción; si no la ejecuta, la administración o un tercero lo hace en subsidio.⁴¹²

Note-se, que a execução de ofício pode ensejar ao final das contas, a conversão da obrigação encerrada no ato em uma outra, consubstanciada em uma dívida pecuniária (obrigação de dar).

Ressalte-se que tais medidas podem ou não se valer da execução forçada (ou coação material). Como bem observa Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, a autoexecutoriedade pode ser, de um lado, estritamente jurídica, “como seja a apreensão de um bem mediante a lavratura do ato de apreensão nos termos legais, por escrito, datado e assinado pela autoridade competente”; de outro lado, pode assumir uma “parte material coativa, pois para levar-se a bom termo a auto-executoriedade do ato administrativo se impõem a requisição e o uso da força policial”.⁴¹³

4.2.2. Execução forçada

Nesta hipótese, a Administração toma as medidas para compelir o administrado a cumprir a obrigação pública, que necessariamente há de ser infungível.

Para Rivero, “se a execução implicar um acto estritamente pessoal (ex.: a ordem de requisição de um imóvel que obriga o ocupante a despejar o prédio), ela poderá usar contra o renitente o constrangimento material: trata-se então da execução forçada propriamente dita”.⁴¹⁴

Igualmente se aplica nas situações de estado de necessidade, em que a urgência da situação e a necessidade de salvaguarda a interesse público superior imponham a atuação direta do Poder Público.

⁴¹² *Ibid.*. Nesta obra, Dromi reproduz o anteprojeto da Lei de Procedimento Administrativo elaborado por Agustín Gordillo. O seu artigo 164 elenca dois “medios de coerción directa que el ordenamiento jurídico puede reconocer a la administración para conferir ejecutoriedad a sus actos”: 1º) “Ejecución directa del acto por la administración”; 2º) “Ejecución subsidiaria por terceros con cargo al que estaba obligado a cumplir el acto” (ob. cit., p. 71).

⁴¹³ *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 626.

⁴¹⁴ *Direito Administrativo*, p. 119.

É o que Dromi denomina “coerción directa”, em que “la orden de la autoridad administrativa es seguida de una medida de fuerza sobre la persona”.⁴¹⁵ Procurando sistematizar as hipóteses em que cabível a execução forçada, indica o autor argentino as seguintes: a) proteção do domínio público; b) demolição de um edifício que ameace ruína; c) representando uma hipótese geral, “otras medidas policiales de orden y seguridad público; v. gr. incautación y destrucción de bienes muebles nocivos para la salud y moral de la población, siempre que ello implique un peligro inmediato para la salubridad y moralidad pública”.⁴¹⁶

4.2. Hipóteses de cabimento

As hipóteses em que a autoexecutoriedade é admitida são comumente agrupadas em dois grupos: as situações fundamentadas em expressa previsão legal, bem assim aquelas cuja configuração de urgência enseja uma atuação administrativa imediata. Alguns juristas acrescem mais um caso, representado pela inexistência de outra via jurídica.⁴¹⁷

Reunidos todos eles, percebe-se uma similitude tipológica com o *arrêt Société immobilière de Saint-Just*, em cujas conclusões são elencadas as mesmas hipóteses. A bem da verdade, esta decisão, para além da influência na própria França, se fez repercutir em diversos outros países, a exemplo do Brasil.

No entanto, imprescindível uma análise mais detida sobre as hipóteses, nomeadamente à luz do ordenamento jurídico nacional, para daí se poder extrair a sua real utilidade. É o que será feito a seguir.

4.2.1. Autorização legal (1ª HIPÓTESE)

Como visto no capítulo anterior, impensável o exercício de uma competência executiva pela Administração à margem da lei. O princípio da legalidade, neste sentido,

⁴¹⁵ *Acto administrativo: ejecución, suspensión y recursos*, p. 64.

⁴¹⁶ *Ibid.*, pp. 66-67.

⁴¹⁷ Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (Curso de direito administrativo, p. 835); CRETELLA JÚNIOR (*Do ato administrativo*, p. 98), Tomás de Vilanova Monteiro LOPES (“A execução do ato unilateral” in *Revista de direito administrativo*, v. 45, p. 606).

representa o verdadeiro fundamento da autoexecutoriedade, sem o qual se apresenta verdadeira via de fato administrativa.

Daí se deduzir que a execução via administrativa não representa um princípio ou uma inerência do ato. Insuficiente a previsão legal do ato para daí se extrair a possibilidade de sua executoriedade. Imprescindível, além disto, a atribuição normativa de uma competência para tanto.

Ocorre que, de acordo com algumas lições, a lei pode dispor acerca de tal atribuição de maneira expressa ou razoavelmente implícita.

4.2.1.1. Expressa

A autorização legal expressa se extrai de um esforço hermenêutico simplificado. A atribuição da competência executória torna-se, desta maneira, inelutável e patente.

Vale ressaltar, para não se incorrer em equívoco, que a autorização legal expressa também é fruto de um trabalho interpretativo. Superado o brocardo “*in claris cessat interpretatio*”, pelo qual as disposições claras não comportam interpretação. Segundo Carlos Maximiliano, para quem a “palavra é um mau veículo”, “os domínios da Hermenêutica se não estendem só aos textos defeituosos (...). Obscuras ou claras, deficientes ou perfeitas, ambíguas ou isentas de controvérsia, todas as frases jurídicas aparecem aos modernos como suscetíveis de interpretação”.⁴¹⁸

A tipicidade, neste caso, comparece de forma marcante, de modo que para cada ato o ordenamento jurídico confere a prerrogativa da execução coativa.

Assim, quando a norma dispõe, *verbi gratia*, que o agente público detém atribuição para penetrar nos imóveis sobre os quais houve declaração expropriatória (como o faz o artigo 7º do Decreto-lei n.º 3.365/1941⁴¹⁹), verifica-se uma lei expressa conferindo autoexecutoriedade. Da mesma forma em relação à apreensão e destruição dos produtos

⁴¹⁸ Carlos MAXIMILIANO. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 29.

⁴¹⁹ Estipula o dispositivo: “Declarada a utilidade pública, ficam as autoridades administrativas autorizadas a penetrar nos prédios compreendidos na declaração, podendo recorrer, em caso de oposição, ao auxílio de força policial”.

relacionados às infrações ambientais, nos termos do artigo 72, incisos IV e V, da Lei federal n.º 9.605/98.⁴²⁰

Evidentemente, o trabalho hermenêutico deve ser compatível com os ditames constitucionais. De tal modo que, a despeito da atribuição da competência executória referente às desapropriações, incabível o seu exercício quanto aos imóveis que representem domicílios, albergados pela garantia da inviolabilidade (artigo 5º, inciso XI, da Carta Magna).⁴²¹

4.2.1.2. Razoavelmente implícita

A autorização legal razoavelmente implícita representa a hipótese na qual se deve despendar maior cautela. A própria imprecisão do que seja efetivamente tal permissivo gera uma falta de parâmetros indesejável.

Para nós, a solução encontra-se na seara hermenêutica das normas que regem as competências administrativas. Trata-se de um problema interpretativo, portanto. De tal maneira que a atribuição executória da Administração é extraída das diversas técnicas hermenêuticas manejadas pelo operador do Direito.

Por conta desta contextualização é que não se concorda com Carlos Ari Sundfeld, que delimita a duas as hipóteses de “autorização implícita”: na hipótese de urgência, bem como quando a natureza da medida exigir sua execução. Embora o critério utilizado para extrair tais casos seja de grande valia (a inutilidade), verifica-se que este autor procede a uma limitação das hipóteses legais implícitas atributivas da competência executória. Desconsidera a existências de outras, igualmente sacadas do ordenamento jurídico por intermédio de apreciação hermenêutica.

Conquanto seja impossível a delimitação *a priori* das situações decorrentes da autorização razoavelmente implícita, torna-se útil o estabelecimento de alguns parâmetros para tanto.

⁴²⁰ O artigo 72, §7º, da Lei n.º 9.605 remete ao artigo 25 da mesma lei, que preconiza: “Verificada a infração, serão apreendidos seus produtos e instrumentos, lavrando-se os respectivos autos”.

⁴²¹ Assinala Sérgio MONTE ALEGRE: “Concluindo: as autoridades administrativas continuam podendo penetrar nos prédios declarados de utilidade pública. Todavia, se tiverem tais prédios a compostura jurídico-constitucional de *casa*, o ingresso neles lhes será interdito, salvo se para tanto munidas de prévia habilitação judicial, necessária e adequadamente fundamentada” (*Desapropriação: o artigo 7º do Decreto-lei 3.365/41 e a inviolabilidade do domicílio*. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 12, p. 18).

Agustin Gordillo, um dos autores que mais enfatiza o permissivo legal implícito, não discorre sobre os seus contornos de forma mais aprofundada. Apenas relaciona-o com o tópico da competência administrativa. Assinala este autor, em comparação com o direito privado, no âmbito do qual a competência se presume “en la medida que una norma expresa no venga a negarla”, “en derecho público la competencia de los órganos no se presume y debe estar otorgada en forma expresa o razonablemente implícita por una norma jurídica para que pueda reputársela legalmente existente”.⁴²² Verifica-se, logo, a aplicação do princípio da interpretação restritiva da competência administrativa.⁴²³

Relevante notar que a autorização implícita não se confunde com o silêncio legal. Nesta hipótese, o regime de subordinação com a lei descarta a conferência de qualquer potestade pública. Igualmente não se equiparam a competência implícita e a lacuna passível de integração.⁴²⁴

Não obstante, vale mencionar a existência de uma construção teórica que reconhece a atribuição de competências implícitas, mesmo na situação de silêncio da lei. É o que Juan Francisco Linares denomina “postulado da permissão” (ou postulado da liberdade). Para este autor, a existência de norma atributiva de função a uma pessoa estatal confere-lhe, por si só, atribuições implícitas relacionadas com a finalidade para a qual foi instituída, mesmo na hipótese da ausência de lei. Assim, “un órgano administrativo organizado e instituido está facultado – dentro de su especialidad y competencia – para hacer todo lo que no está prohibido como ilegítimo”.⁴²⁵

No mesmo sentido das críticas tecidas por Gordillo,⁴²⁶ acredita-se que o “postulado da permissão” não se sustenta diante do princípio da legalidade e dos contornos que assume no ordenamento jurídico brasileiro. O fato de uma lei atribuir a uma entidade ou órgão da Administração a competência, por exemplo, de polícia administrativa na área de vigilância

⁴²² *Tratado de derecho administrativo*, tomo I, capítulo XII, p. 6.

⁴²³ *Ibid.*, tomo III, Capítulo 5, p. 36.

⁴²⁴ *Ibid.* No mesmo sentido, referente ao silêncio da lei, encontra-se Carlos Ari Sundfeld (*Direito administrativo ordenador*, p. 84).

⁴²⁵ Cf. LINARES, Juan Francisco. *Fundamentos de derecho administrativo*, p. 36.

⁴²⁶ Assinala GORDILLO: “Así se va advirtiendo que aplicar el postulado de la libertad para um órgano público contradice, entre otras cosas, la distinción entre facultad discrecional y reglada, que surge no de meras doctrinas, sino de la voluntad del Estado transmitida a través de los órganos que crean las normas legales de conducta. La competencia será parcialmente reglada (lo expresamente reglado y lo razonablemente implícito), o será parcialmente discrecional, pero no puede ser preponderantemente discrecional, con la sola limitación del objeto: que el órgano haga cualquier cosa, en cualquier lugar, respecto de cualquier persona, siempre que no le esté expresamente prohibido y se atenga a la órbita de acción que la norma le ha fijado. El orden jurídico, por lo demás, al fijar los objetivos o fines que deben satisfacer los entes y órganos públicos, no ha tenido, evidentemente, una tal intención” (*Ibid.*, tomo I, capítulo XII, p. 10).

sanitária, não lhe confere, na ausência de lei específica, a atribuição de atuar de maneira ampla no exercício desta função. Quanto mais no que tange à competência executória. Muito embora a criação de determinada pessoa estatal seja condição necessária para o exercício das competências administrativas, não representa condição suficiente. Do contrário, em relação ao tema ora tratado, remontar-se-ia à tese da *décision exécutoire* de Hauriou, bem como à malfadada interpretação do aresto *Société immobilière de Saint-Just*, acima discutida.

Não se podem desconsiderar, contudo, as lições de Linares referentes às regras interpretativas para uma compreensão do que seja “competencia implícita razonable”.

Em primeiro lugar, com fundamento no princípio da legalidade, assinala que

No puede considerarse, en principio, de competencia razonablemente implícita, todo lo que se refiera a los actos que afecten la libertad física del individuo o las libertades de opinión, expresión de ideas, libertad de reserva y otras libertades, incluso la de propiedad privada.⁴²⁷

Com efeito, no âmbito das liberdades públicas, seara na qual se inserem as garantias fundamentais dos indivíduos, as exigências para a intervenção estatal sofrem um incremento notável. A maior delas se reflete no pressuposto normativo que a enseja. Tal fundamento deve ser expresso e inequívoco, de modo que restem afastadas as permissões veladas.

Em segundo lugar, considera “más flexible el ámbito implícito cuando el acto se refiere a bienes de dominio público del Estado usados por particulares, que cuando se trata de uso de propiedad de dominio privado del Estado”.⁴²⁸ Aqui, Linares parece estar se referindo à autoexecutoriedade na defesa do domínio estatal, assinalando uma diferença entre os bens estatais de domínio público e privado. Em relação a estes bens privados, assinala o autor em outra passagem, que a retomada destes bens, no exercício de uma competência revocatória, “no tiene ejecutoriedad propia y para recuperarlo debe ocurrir a la justicia en procura de sentencia de condena y luego de ejecución”.⁴²⁹ Ao contrário do que ocorre com aqueles outros bens, os públicos. “Aquí, las normas de la ley civil, la índole del bien de dominio público y sus implícitas valoraciones instrumentales y jurídicas, entrañan normas *autoritativas* de la ejecutoriedad propia”.⁴³⁰

⁴²⁷ *Fundamentos de derecho administrativo* p. 338.

⁴²⁸ *Ibid.*.

⁴²⁹ *Ibid.*, p. 365.

⁴³⁰ *Ibid.*

No Brasil, o entendimento que prevalece em relação à defesa dos bens públicos é a possibilidade de haver o exercício da competência executória para tanto. Dá-se a isto o nome de autotutela dominial ou polícia dos bens públicos.

Não se pode olvidar que muitas vezes a legislação confere expressamente a prerrogativa da defesa autoexecutória à Administração. É o que dispõe o art. 58 do Código de Águas (Decreto 24.643/34), com a seguinte redação:

A administração pública respectiva, por sua própria força e autoridade, poderá repor incontinente no seu antigo estado, as águas públicas, bem como o seu leito e margem, ocupados por particulares, ou mesmo pelos Estados ou municípios.

A despeito disto, a inexistência de autorização expressa não constitui óbice ao exercício da polícia administrativa, na medida em que representa permissivo razoavelmente implícito no sistema.

A propósito da autotutela dominial, José Cretella Júnior tece algumas considerações. Afirmar que o seu objetivo é a “proteção da integridade material dos bens públicos, pela repressão, inclusive *manu militari*, a qualquer tipo de ocupação arbitrária ou modificação das coisas dominiais, ou qualquer atividade do administrado que seja danosa à integridade das coisas públicas”.⁴³¹ Salienta, ademais, que “as pessoas jurídicas públicas têm o poder-dever de conservar a propriedade pública, resguardando-a, autotutelando-a”.⁴³²

Em terceiro lugar, de acordo com as lições de Linares, tem-se a “competencia implícita razonable” no tocante às leis de emergência ou atributivas de prerrogativas. Sobre elas, “debe prevalecer un criterio restrictivo contra el Estado; o por lo menos nunca extensivo a su favor”.⁴³³ Trata-se da aplicação da regra hermenêutica segundo a qual merece interpretação estrita as leis de ordem pública, bem como as leis excepcionais.⁴³⁴

Em quarto lugar, Linares assinala que as pautas interpretativas devem levar em consideração os atos excepcionais e os de necessidade. São as hipóteses de urgência que justificam a atuação imediata da Administração.

Além de tais parâmetros interpretativos, destaque-se critério sacado por Carlos Ari Sundfeld. As duas hipóteses que elenca como aquelas integrantes de uma autorização

⁴³¹ *Da Autotutela Administrativa*, p. 58.

⁴³² *Ibid.*, p. 59.

⁴³³ Cf. LINARES, *ibid.* pp. 338-9.

⁴³⁴ Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, pp. 176-194).

implícita podem ser sintetizadas com base em único critério: o da inutilidade. Com efeito, assinala este autor: “assim, a autorização implícita não decorre da maior agilidade ou eficácia da atuação administrativa instrumentada com poderes de execução, mas sempre e só da inutilidade da competência deles desprovida”.⁴³⁵ Assim, tanto a situação de urgência quanto a particular natureza da medida, impõem a execução administrativa, sob pena de inutilidade da competência.

Se é certo que uma situação de urgência torna legítima a execução imediata via administrativa, mesmo na hipótese de inexistência de lei expressa, vê-se com reserva a segunda hipótese elencada pelo autor: “quando a natureza da medida, mesmo não urgente, exigir sua execução administrativa, sob pena de restar sem conteúdo, impedindo a realização do interesse público”.⁴³⁶

A natureza da medida, por si só, não autoriza a execução administrativa. Admitir o contrário, como faz o autor, é remontar à criticada conclusão de Romieu, segundo a qual a mera previsão da decisão executória se presta a fundamentar a autoexecutoriedade.

A bem da verdade, a configuração da inutilidade está a depender de outras condições, como a efetiva inexistência de vias jurídicas paralelas (v. item 4.2.3.) ou mesmo uma situação de urgência (v. item 4.2.2). Assim, muito embora o critério da inutilidade represente, sim, um parâmetro de aferição da legitimidade para o exercício da autotutela, não há uma relação de suficiência entre a sua caracterização e a natureza do ato.

Ressalte-se que os próprios exemplos indicados por Carlos Ari Sundfeld não corroboram a sua tese. Ao elencar a “requisição de prédio para o pleito eleitoral”, há permissivos normativos autorizando a autoexecutoriedade (artigos 135, §3º e 136, ambos do Código Eleitoral; e artigo 5º, inciso XXV), motivo pelo qual não há que se falar em autorização implícita. Da mesma forma no tocante ao exemplo da “intervenção em empresa”, vez que as normas que regem tais intervenções são expressas quanto ao seu caráter extrajudicial. É o que se verifica na intervenção do Banco Central em instituições financeiras (Lei n.º 6.024/74); nas seguradoras (conforme preconiza o artigo 26 do Decreto-Lei n.º 73/66, com nova redação dada pela Lei n. 10.190 de 14 de fevereiro de 2001); nas entidades de previdência privada (Lei n.º 6.435/77, artigos 55 a 62).

⁴³⁵ *Direito administrativo ordenador*, p. 84.

⁴³⁶ *Ibid.*

4.2.1.3. Relação geral e especial de sujeição

A doutrina administrativista nacional tem, cada vez mais abordado o tópico das relações especiais de sujeição e a sua diferença em comparação com a relação geral.

Pioneira a análise procedida por Celso Antônio Bandeira de Mello,⁴³⁷ que se valeu dos estudos desenvolvidos na Alemanha, Itália e Espanha. Cite-se também outra obra nacional precursora, dedicada ao estudo do poder disciplinar, de Carlos de Barros Júnior.⁴³⁸

A distinção entre tais noções partiu da constatação de que a Administração Pública relaciona-se de maneira diversa com os particulares. De um lado, encontram-se todos os cidadãos, ligados ao Estado por conta da soberania deste, legitimando a limitação dos direitos individuais em prol do interesse público. Observe-se que tal relação é voltada para “fora da Administração Pública”,⁴³⁹ de modo que nela se encontram inseridos uma generalidade de pessoas. De outro, invertendo-se a topologia relacional, situam-se os particulares inseridos intimamente na estrutura estatal, em decorrência de um “título jurídico especial”,⁴⁴⁰ que fundamenta uma peculiar situação referente à Administração.⁴⁴¹ A primeira hipótese justifica a caracterização de uma relação geral de sujeição (ou supremacia geral); a segunda, de uma relação especial (ou supremacia especial).

Assim, a relação geral de sujeição representa a submissão em que se encontram os particulares em virtude do poder de soberania estatal. “A supremacia geral, como se vê, é uma relação de sujeição dispersa que há entre o Estado e os administrados e decorre da simples condição de um indivíduo encontrar-se envolto pela ordem jurídica do primeiro”.⁴⁴²

Já a relação especial consiste no peculiar estado de sujeição do indivíduo, inserido que está no aparato administrativo.⁴⁴³ Trata-se da situação dos servidores públicos, dos alunos de uma escola ou faculdade estatais, dos internos em hospital público, bem assim dos usuários de uma biblioteca. Igualmente se inserem em tal categoria as pessoas que detêm uma relação

⁴³⁷ *Apontamentos sobre o poder de polícia*. In: *Revista de Direito Público*, n. 9, julho/setembro, 1969, pp. 57-8.

⁴³⁸ *Do Poder Disciplinar na Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 30 ss.

⁴³⁹ Cf. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (*Direito... cit.*, p. 90).

⁴⁴⁰ *Idem*, p. 90.

⁴⁴¹ Como assinalado por Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, “é inequivocamente reconhecível a existência de relações específicas intercorrendo entre o Estado e um círculo de pessoas que nelas se inserem, de maneira a compor situação jurídica muito diversa da que atina à generalidade das pessoas” (*Curso de direito administrativo*, p. 818).

⁴⁴² Luís Manuel Fonseca PIRES (*Limitações administrativas à liberdade e à propriedade.*, p. 163).

⁴⁴³ Para Carlos Ari SUNDFELD, tal ocorre quando o particular integra o aparelho burocrático estatal, recebe delegação de atividade pública, contrata com a Administração, utiliza serviço público ou é beneficiário de uso especial de bem público (*Direito administrativo ordenador*, p. 24).

negocial com a Administração, a exemplo dos concessionários de serviços públicos e dos particulares que ocupam privativamente um bem público.

As discussões que giram em torno de tais noções referem-se, de maneira preponderante, às exigências de legalidade para o exercício de determinadas competências. No tocante à supremacia geral, dúvidas inexistem quanto à plena incidência do princípio da legalidade.⁴⁴⁴ A fixação das restrições aos administrados, a delimitação das infrações bem como das respectivas sanções, tudo isso depende necessariamente de regulamentação por lei formal.

A problemática surge diante da relação especial, seara na qual “seria *impossível, impróprio e inadequado* que todas as convenientes disposições a serem expedidas devessem ou mesmo pudessem estar previamente assentadas em lei e unicamente em lei, com exclusão de qualquer outra fonte normativa”.⁴⁴⁵

Muito embora as considerações a respeito sejam divergentes, vem prevalecendo o entendimento que aponta para uma mitigação da legalidade nas hipóteses de supremacia especial. Em virtude dos poderes inerentes a tal circunstância,⁴⁴⁶ bem assim da inviabilidade de uma disciplina legislativa suficiente para regê-la, admissível que atos infralegais disponham sobre determinadas situações.

A dificuldade, agora, consiste em determinar o grau de referida flexibilização. Neste tópico igualmente controvertem os autores, remanescendo diversos critérios para tanto, principalmente em relação à estipulação das infrações e das respectivas sanções.⁴⁴⁷

Evidentemente, os aspectos acima referidos repercutem acentuadamente no tópico da autoexecutoriedade, mormente em relação às hipóteses legais que autorizam o exercício da competência executória. Resta compreender se a distinção entre supremacia geral e especial confere um regime próprio para o atributo em comento.

Muito embora a doutrina não aborde de maneira específica este tema,⁴⁴⁸ a busca de uma solução deve tomar como parâmetro analítico o direito administrativo sancionador. Será

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 25).

⁴⁴⁵ Cf. Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (*Ibid.*, p. 818).

⁴⁴⁶ Cf. Carlos Ari Sundfeld (*Ibid.*, p. 25).

⁴⁴⁷ Heraldo Garcia VITTA realizou profunda abordagem sobre as posições existentes na doutrina, tanto nacional quanto estrangeira (*A Sanção no Direito Administrativo*, pp. 72-80).

⁴⁴⁸ Exceção seja feita à abordagem formulada por Ricardo Marcondes MARTINS (*Efeitos dos vícios do ato administrativo*, pp. 546-50). Parte o autor da distinção entre executoriedade em sentido amplo (possibilidade de execução material pela própria Administração) e em sentido estrito (coação material exercida pela Administração sobre o particular, a fim de que este cumpra a obrigação pública). Quanto ao primeiro, os atos

traçado, portanto, um paralelo das exigências de legalidade entre os atributos da autoexecutoriedade e da exigibilidade.

Tanto a autoexecutoriedade quanto a exigibilidade representam uma reação ao descumprimento de obrigação pública pelo particular. A primeira assume a função de satisfação direta do interesse público, quer na modalidade de execução de ofício, quer na forçada. A segunda possui um escopo eminentemente persuasivo, em virtude da possibilidade de aplicação de uma sanção administrativa. Ambas consistem em medidas marcadas pela “*puissance publique*”, evidenciando a aplicação do princípio da supremacia.

Ocorre que, em um Estado de Direito, conceber uma prerrogativa dissociada da maior das sujeições – a legalidade – representaria fulminar por completo o princípio da indisponibilidade.

E neste ponto se apresenta como irrelevante o fato de que a reação ao descumprimento esteja inserido em uma relação de sujeição geral ou especial. Numa ou noutra, a legalidade representa exigência máxima, condicionante ao exercício da potestade.

Para facilitar a compreensão, dois exemplos podem ser dados. O primeiro envolvendo uma relação geral de sujeição: a instalação irregular de antenas por particulares pode ensejar a sua remoção pelo Poder Público, na hipótese de autorização legal expressa neste sentido.⁴⁴⁹ O segundo: a hipótese do desconto na folha de pagamento de agente público, inserido, como é cediço, em uma relação especial de sujeição. Na inexistência de norma legal autorizando o abatimento autoexecutório, é vedado à Administração fazê-lo.

O entendimento adotado é o de que, em ambas as relações, o sistema exige permissivo legal expresso conferindo a competência executória. De tal forma que a supremacia especial não dá ensejo a uma autorização (razoavelmente) implícita.

administrativos em geral a detêm. Em relação ao segundo sentido, é feita a distinção entre supremacia especial e geral. “Em todas as relações especiais de sujeição, como regra geral, os atos administrativos gozam de executoriedade no sentido estrito, ainda que não haja previsão legal” (ob. cit., p. 546). Já nas hipóteses “em que a obrigação de dar, fazer ou não fazer é imposta a administrado que não esteja em relação especial de sujeição, a executoriedade em sentido estrito é excepcional: só é admitida se for indispensável à eficaz concretização do princípio incidente” (*Ibid.*).

⁴⁴⁹ É o que prevê a Lei municipal n. 13.756/04, do Município de São Paulo. Reza o seu art. 20: “Na hipótese do infrator não proceder à regularização ou à remoção do equipamento, a Municipalidade deverá adotar as medidas tendentes à sua remoção, cobrando do infrator os custos correlatos, sem prejuízo da aplicação de multas e demais sanções cabíveis”.

4.2.1.4. Direito positivo

A respeito das leis que disciplinam a autoexecutoriedade, não se pode descurar que se trata de atribuição administrativa, de tal modo que, pela incidência do princípio federativo, cada entidade política detém competência legislativa própria. Daí, inclusive, a dificuldade (e até mesmo a impossibilidade) de se estabelecerem quadros normativos gerais, aplicáveis a todos os entes integrantes da Federação. De qualquer forma, o parâmetro analítico levará em conta, sobretudo, a lei federal de processo administrativo, bem como algumas leis estaduais e municipais.

Ao contrário do que ocorre nas legislações de países como Espanha, Alemanha e Portugal, inexistente no direito positivo brasileiro uma regulamentação genérica acerca da autoexecutoriedade. Além de não haver dispositivo que a autorize de forma ampla, abarcando um conjunto indeterminado de atos administrativos, igualmente não se dá a disciplina geral dos meios de execução.

Neste sentido, a disciplina legal da competência executória é tratada de maneira pontual, tanto a possibilidade de auto-executoriedade em relação a cada medida administrativa, quanto o regime específico dos meios de execução.

Com isso, verifica-se a adoção, intencional ou não, da fórmula observada no direito italiano, que igualmente trata em normas específicas a competência da execução forçada. Entende-se que se trata da solução mais adequada ao princípio da legalidade, e, sobretudo, da tipicidade.

Apesar da inexistência de uma disciplina universal, não se pode desconsiderar que algumas normas que regem o processo administrativo em várias esferas tratam, de maneira geral, de aspectos relacionados à autoexecutoriedade. Destaque para dois deles.⁴⁵⁰

Em primeiro lugar, a hipótese da execução administrativa imediata, nos termos do artigo 45 da Lei federal n. 9.784/99, que a reveste na acepção “providências acauteladoras” (v. item 4.2.2 *infra*).

Em segundo lugar, no tocante ao procedimento recursal, preconiza o artigo 61 desta norma que a impugnação não tem efeito suspensivo, salvo as disposições legais em contrário

⁴⁵⁰ Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA, “A Executoriedade dos Atos Administrativos”. In: *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. Ano 7, nº 13, p. 107.

e na hipótese do parágrafo único (justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução).⁴⁵¹ Este tópico será tratado no Capítulo 5.

4.2.1.5. A lei de procedimento administrativo do Estado de Sergipe

Precursora no cenário das normas gerais de processo administrativo, a Lei Complementar n.º 33/96, do Estado de Sergipe (intitulada Código de Organização e Procedimento da Administração Pública), merece destaque. Não tanto por seu pioneirismo, mas pela disciplina específica em relação ao tema da autoexecutoriedade.⁴⁵²

No âmbito da seção II do Capítulo 5I sofre amplo regramento o instituto do ato administrativo. Seu artigo 67 trata da “executoriedade” e dispõe o seguinte:

Art. 67 – O ato administrativo é executório, logo que eficaz.

§1º - O cumprimento das obrigações e o respeito pelas limitações que derivam de um ato administrativo podem ser impostos coercitivamente pela Administração sem recurso prévio ao Judiciário, desde que a imposição seja feita pelas formas e nos termos admitidos por lei.

§2º - Não é executório o ato:

I – cuja eficácia esteja suspensa;

II – de que tenha sido interposto recurso com efeito suspensivo;

III – sujeito à aprovação ou homologação.

§3º - A decisão de proceder à execução administrativa será previamente notificada ao seu destinatário.

A influência da lei portuguesa é evidente. A redação do “caput” do artigo 67 corresponde ao artigo 149.º, 1, do CPA lusitano. O artigo 67, §1º, detém redação muito semelhante ao do artigo 149.º, 2. Já o §2º da lei sergipana encontra equivalente no artigo 150.º, item 1. Por fim, o artigo 67, §3º, se assemelha ao artigo 152.º, 1, da norma portuguesa.

⁴⁵¹ Da mesma forma em relação a diversas outras leis de processo administrativo, como no Estado de São Paulo (Lei n.º 10.177/98, artigo 46), Estado de Pernambuco (Lei n.º 11.781/00, artigo 61), Estado de Mato Grosso (Lei n.º 7.692/02, artigo 77), Estado de Minas Gerais (Lei n.º 14.184/02, artigo 57), do Município de São Paulo (Lei n.º 14.141/06, artigo 36, §1º), dentre outras.

⁴⁵² Os autores do anteprojeto foram Carlos AYRES BRITTO e José Sérgio MONTE ALEGRE. A bem da verdade, trata-se de uma norma notável, sob o ponto de vista, principalmente, da abrangência que disciplina os temas do Direito Administrativo. São objeto de regramento a estrutura administrativa (tanto da Administração Direta quanto da Indireta), formas de controle (interno e externo) e de atuação administrativa (do ato administrativo, seus requisitos de validade, formas de extinção), procedimento administrativo, dentre outros. No entanto, curiosamente, verifica-se que a doutrina brasileira pouco se debruça sobre a lei sergipana.

O “caput” do artigo 67, bem como o seu §2º, traduzem um relevante aspecto da autoexecutoriedade, representado pela conexão íntima com a eficácia do ato administrativo. Esta relação assumirá destaque na discussão que se fará em capítulo ulterior (Capítulo 5), acerca do sistema das nulidades e a sua repercussão na execução via administrativa.

O §3º impõe um requisito procedimental para se efetuar a execução administrativa, a prévia notificação do particular. Coerente tal exigência com o princípio do devido processo legal, que busca, dentre outras finalidades, evitar uma atuação estatal sub-reptícia. Ademais, subjaz à obrigatoriedade na notificação um outro requisito, qual seja, a possibilidade de que o particular cumpra voluntariamente a obrigação (tópico que será analisado de maneira pormenorizada no Capítulo 5).

Já o artigo 67, §1º, parece incorporar uma indesejável generalização da competência executória. Como visto no tópico referente ao direito estrangeiro, sobretudo em Portugal, trata-se de opção legislativa maciçamente criticada pela doutrina. As exigências da legalidade, sobretudo em áreas que envolvem atuações mais drásticas da Administração Pública, não devem prescindir, para além de disposições expressas, de normatizações *específicas*, em homenagem ao princípio da tipicidade.

No entanto, cabível assinalar uma relevante distinção entre o Código sergipano e o português, que acaba por tornar aquele constitucionalmente mais adequado.

Embora sutil, existe uma diferença entre as redações dos dispositivos. A norma lusitana (artigo 149.º, 2) assinala que a executoriedade será exercida “desde que a imposição seja feita pelas formas e nos termos previstos *no presente Código* ou admitidos por lei” (itálico nosso). Já a lei estadual somente faz referência às formas e aos termos “admitidos por lei”.

A disparidade na redação tem uma explicação lógica. Como visto, o CPA português prevê expressamente diversas formas para o exercício da executoriedade.⁴⁵³ Ao passo que o Código administrativo sergipano não procede à mesma disciplina, remetendo para outras leis tal função.

Deste modo, percebe-se que a lei sergipana, ao contrário da norma lusitana, não é suficiente juridicamente para atribuir uma competência executória genérica à Administração. Daí ser adequada aos parâmetros de constitucionalidade.

⁴⁵³ Disciplinadas nos tópicos gerais: “execução para pagamento de quantia certa” (artigo 155.º), “execução para entrega de coisa certa” (artigo 156.º) e “execução para prestação de facto” (artigo 157.º).

4.2.2. Urgência (2ª HIPÓTESE)

A atuação da Administração deve estar pautada pela necessidade de atendimento ao interesse público, situação esta extremamente maleável em função das inúmeras circunstâncias que envolvem o Estado. Se é certo que o exercício da função administrativa se dá comumente em condições de normalidade, não menos inequívoco que as situações excepcionais e emergenciais muitas vezes se apresentam, impondo um desempenho administrativo mais dinâmico.

Quanto mais nos dias hodiernos, em que o dinamismo das relações sociais tem destacado cada vez mais as situações em que a urgência se faz sentir. “Pode dizer-se até que o tempo moderno é um tempo de urgência, sobretudo ao nível de ramos do Direito Administrativo especiais, como o ambiente ou o patrimônio, em que as degradações acontecem a um ritmo vertiginoso e, na maior parte dos casos, irreversível”.⁴⁵⁴

Como salientado por Carmem Lúcia Antunes Rocha, em passagem que se destaca:

Vivemos o tempo da urgência. Tempo de homens urgentes. Tempo de horas urgentes. Tudo parece fazer parte de uma corrida louca contra o tempo certo e normal das horas tranquilas. A normalidade que o Direito deve realizar pela aplicação das normas postas parece não mais conter os elementos que seriam necessários para que as suas finalidades se cumprissem no prazo previsto e positivado.⁴⁵⁵

Para o Comissário Romieu, cujas conclusões foram estampadas no aresto francês de 1902, a urgência representa situação que autoriza a execução forçada via administrativa. De acordo com a decisão, “é da essência mesma do objetivo da administração a de agir imediatamente e de empregar a força pública sem demora nem procedimento, quando assim exige o interesse imediato da conservação pública”.⁴⁵⁶

Trata-se de pressuposto amplamente aceito pela doutrina e jurisprudência pátrias.

A bem da verdade, a hipótese da urgência representa, sob uma tomada mais ampla acerca da questão, um corolário do critério da inutilidade salientado por Carlos Ari Sundfeld. A execução imediata via administrativa se justifica por ser a única medida capaz de satisfazer

⁴⁵⁴ Cf. GOMES, Carla Amado Gomes. *Contributo para o estudo das operações materiais da administração pública e do seu controlo jurisdicional* p. 183.

⁴⁵⁵ “Conceito de Urgência do Direito Público Brasileiro”. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 1, 1993, p. 233.

⁴⁵⁶ Marceau LONG, Prosper WEIL, Guy BRAIBANT, Pierre DELVOLVÉ e Bruno GENEVOIS. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, p. 65 (tradução livre).

o interesse público, dada a urgência na sua satisfação. Incabível, em tais condições, o apelo ao Judiciário ou o manuseio de outra via de direito, inclusive a penal. “A existência de sanções penais não modifica em nada esta consequência da urgência. Desta forma, a urgência torna válida, por si só, medidas que seriam de outra forma ilegais”.⁴⁵⁷

Sobre tal figura, algumas observações são pertinentes.

4.2.2.1. Noção de urgência

Conquanto a urgência assuma a condição de conceito ambíguo, cabível traçar algumas considerações acerca de seus contornos.

Em primeiro lugar, a noção leiga de urgência integra a sua concepção jurídica. Do que ordinariamente se compreende como situação de urgência (“o que exige atitude ou solução rápida”⁴⁵⁸) não refoge o Direito. A afirmação é de Genaro Carrió, segundo o qual

las normas jurídicas, en cuanto autrizam, prohiben o hacen obligatorias ciertas acciones humanas, y en cuanto suministran a los súbditos y a las autoridades pautas de comportamiento, están compuestas por palabras que tienen las características propias de los lenguajes naturales o son definibles em términos de ellas.⁴⁵⁹

Com base nisto, e em segundo lugar, dois são os elementos apontados para a conceituação jurídica de urgência: de um lado, o tempo exíguo referente a uma situação de interesse; de outro, a necessidade de tutelar tal interesse no prazo que se apresenta. Ou seja, urgência representa a necessidade de atuar com celeridade para a satisfação de uma pretensão. Evidentemente, na medida em que esta pretensão se encontra inserida no âmbito do Direito Público, a necessidade de salvaguarda refere-se a um interesse público.

Carmem Lúcia Antunes Rocha define-a como a

situação que ultrapassa a definição normativa regular de desempenho ordinário das funções do Poder Público pela premência de que se reveste e pela imperiosidade de atendimento da hipótese abordada, a demandar, assim, uma conduta especial em relação àquela que se nutre da normalidade aprazada institucionalmente”.⁴⁶⁰

⁴⁵⁷ *Ibid.* (tradução livre).

⁴⁵⁸ Cf. Dicionário Houaiss.

⁴⁵⁹ *Notas sobre Derecho e Lenguaje*, p. 37.

⁴⁶⁰ Conceito de urgência no direito público brasileiro. *Revista Trimestral de direito público*, n° 1, p. 234.

4.2.2.2. Urgência e estado de necessidade

Noção propalada no âmbito jurídico, sobretudo no direito estrangeiro, é a de estado de necessidade. Reconhecidamente advinda do Direito Penal, disseminou-se por outros ramos jurídicos. No âmbito da doutrina estrangeira, dentre as quais a alemã, a espanhola e a portuguesa, um dos principais meios de coação administrativa direta é o estado de necessidade.

Buscando contextualizar a figura do estado de necessidade no Direito Administrativo, já que neste “tiene un sentido específico”,⁴⁶¹ salientam Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández que tal figura não se presta a tornar legítima uma conduta que, sem as circunstâncias excepcionais, seria antijurídica. Isto porque, conforme o regime jurídico-administrativo, em virtude da supremacia do interesse público, o sacrifício a direitos privados representa nota ordinária, “no limitadas en absoluto a situaciones de necesidad”. A bem da verdade, “lo que estas situaciones hacen nacer no son, pues, poderes nuevos en cuanto a du sonto o contenido, sino, simplemente, una técnica expeditiva de aplicarlos”.⁴⁶²

Muito embora ostentem feições assemelhadas, a urgência não se confunde com o estado de necessidade.

É o que salienta Carla Amado Gomes, baseada em lições de autores espanhóis. No conceito de estado de necessidade evidencia-se, a par da imposição de uma atuação rápida da Administração, uma situação de perigo ao interesse público. “A qualificação de uma situação de urgência de actuação pela gravidade do perigo faz emergir o conceito de estado de necessidade, que por sua vez pode ter várias gradações de gravidade”.⁴⁶³ Como se vê, a urgência representa uma condição necessária para a configuração do estado de necessidade. De tal modo que se pode afirmar que não há estado de necessidade sem urgência, mas se verifica a urgência sem estado de necessidade.

De maneira assemelhada leciona Agustín Gordillo. Incabível a confusão entre urgência e estado de necessidade, conquanto esta “casi siempre lleva explícita o implícita la

⁴⁶¹ *Curso de derecho administrativo*, p. 811.

⁴⁶² *Ibid.*

⁴⁶³ *Contributo para o estudo das operações materiais da administração pública e do seu controlo jurisdicional*, p. 187.

noción de urgencia”.⁴⁶⁴ Mas ressalva que a “magnitud del peligro” representa o aspecto que detém maior peso no conceito de estado de necessidade.

Por isto é que não se endossa a diferenciação procedida por Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e Pacheco de Amorim, que apartam de maneira estanque ambas as figuras, embora reconheçam que “nem sempre se distinguem facilmente”.⁴⁶⁵ Os critérios para tanto são, em primeiro lugar, “o facto de a decisão ou acto urgente carecer de expressa previsão legal, enquanto que a decisão de necessidade se funda em princípio geral, invocável em qualquer caso (desde que preenchidos os referidos pressupostos ou requisitos)”;⁴⁶⁶ e, em segundo lugar,

no facto de a urgência em praticar o acto ser discricionariamente determinável pelo órgão, bastando a invocação de uma razão séria, enquanto que a invocação do estado de necessidade requer a verificação objectiva dos respectivos pressupostos, sendo a sua qualificação administrativa totalmente sujeira a revisão judicial.⁴⁶⁷

Ocorre que a urgência constitui um dos pressupostos do estado de necessidade, o que faz cair por terra os critérios assinalados, sobretudo o segundo.⁴⁶⁸ Assim, o exercício da competência discricionária pode se manifestar nas duas situações, de tal modo que, como consequência, a inscindicabilidade do controle jurisdicional se apresenta, a depender do caso concreto, tanto na hipótese de urgência quanto na de estado de necessidade. Outrossim, a urgência encontra-se, muitas vezes, prevista na lei (de maneira explícita ou implícita), como será visto adiante.

Por fim, embora alguns autores distingam o estado de necessidade das medidas acautelatórias,⁴⁶⁹ acredita-se que a semelhança entre as figuras permite reuni-las em única noção. Com efeito, sobreleva-se a característica da necessidade imediata de se evitar perturbações do interesse público, apresentando-se como secundário o fato de que a medida se dê como resposta final ou cautelar da atuação administrativa.

⁴⁶⁴ *Después de la Reforma del Estado*. Buenos Aires: Fundación del Derecho Administrativo, 1998, Capítulo 5I, p. 7.

⁴⁶⁵ Cf. Mário Esteves de OLIVEIRA, Pedro Costa GONÇALVES e Pacheco de AMORIM (*Código do procedimento administrativo*, pp. 401).

⁴⁶⁶ *Ibid.*

⁴⁶⁷ *Ibid.*

⁴⁶⁸ De maneira contraditória, em outra passagem, os autores referidos definem o ato administrativo praticado em estado de necessidade como “acto finais produzidos com preterição das regras legais, (mas) perante circunstâncias excepcionais que podem pôr em perigo o interesse público e que exigem uma reacção administrativa imediata” (ob. cit., p. 402).

⁴⁶⁹ Cf. Mário Esteves de OLIVEIRA, Pedro Costa GONÇALVES e Pacheco de AMORIM (*Ibid.*, pp. 401-2).

4.2.2.3. Urgência e legalidade

Para Carlos Ari Sundfeld, a hipótese de urgência encontra-se abarcada na autorização legal implícita. E explica: “A competência administrativa para executar decorre implicitamente da mesma regra que a autoriza a manter a ordem pública, cuidar da saúde, policiar as construções – sendo, como é, absolutamente indispensável para o mínimo desempenho dessas missões”.⁴⁷⁰ Como se vê, para este autor, a norma de competência é bastante em si mesma para legitimar, em uma situação emergencial, a atuação auto-executória da Administração.

No entanto, tal abordagem não representa a mais adequada para se encarar a questão da urgência no bojo da auto-executoriedade.

Explica-se.

Não se pode olvidar que muitas das situações consideradas como sendo de urgência mereceram a atenção do legislador. Em nível constitucional, mencione-se a disciplina da requisição administrativa (artigo 5.º, inciso XXV) e das medidas excepcionais do estado de sítio e de defesa (artigos 136 e seguintes). No âmbito infraconstitucional, a legislação federal, bem como a de vários Estados e Municípios, estão munidos de uma cláusula geral que legitima a execução acautelatória imediata em condições de emergência. A fórmula empregada, comumente, é a condição da existência de “risco iminente”. É o que prevê, *verbi gratia*, o artigo 45 da Lei federal n.º 9.784/99. Incabível afirmar, deste modo, que o pressuposto de urgência não detém previsão legal expressa em muitos casos.

Verifica-se, com isto, uma tendência legislativa no sentido de englobar as situações tidas por excepcionais, inserindo-as na órbita da legalidade administrativa.

Duas considerações merecem destaque.

Em primeiro lugar, as hipóteses alçadas legislativamente correspondem verdadeiramente a situações inseridas no âmbito de um estado de necessidade, e não de mera urgência. Isso porque a necessidade de atuação célere encontra-se presente diante da magnitude de um perigo.

⁴⁷⁰ *Direito administrativo ordenador*, p. 84.

Há situações de “urgência” apregoadas legislativamente que, a despeito disto, exigem a intervenção do Judiciário. É o caso da imissão provisória na posse disciplinada pelo artigo 15 do Decreto-lei n.º 3.365/1941,⁴⁷¹ necessariamente inserida no âmbito de uma ação judicial.

Em segundo lugar, verifica-se que a regra de competência muitas vezes é desconsiderada nas situações de estado de necessidade, haja vista a necessidade de atuação imediata.⁴⁷² Assim, a situação emergencial pode ensejar a atuação não só de agente incompetente, como também de indivíduo para o qual não foi conferido o exercício da função pública. Trata-se da teoria do funcionário de fato, na categoria dos agentes necessários, que “são aqueles que praticam atos e executam atividades em situações excepcionais (...), em colaboração como o Poder Público e como se fossem agentes de direito”.⁴⁷³

De tal modo que a regra de competência é muitas vezes irrelevante, não podendo ser evocada como fundamento do ato executório implícito em situações de urgência. Do contrário, estar-se-ia, de forma oblíqua, recepcionando o postulado da liberdade defendida por Juan Francisco Linares.

Por fim, não poderia ser criticada, ou tida por inconstitucional, a disposição de pressuposto emergencial por meio de cláusula geral. As situações do mundo fático que podem ensejar uma situação de necessidade são tantas e tão variadas, que se apresentaria como impossível uma disciplina legal específica sobre todas elas. Está-se diante da discricionariedade.

4.2.2.4. Urgência, estado de necessidade e discricionariedade

Apesar de amplamente estudado e debatido, e em relação ao qual “já se verteram rios de tinta”.⁴⁷⁴ o tema da discricionariedade administrativa não se esgota. Trata-se, logo, de estimulante objeto de estudo. Aliado a isto, soma-se a relevância da matéria, ainda mais

⁴⁷¹ “Se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil, o juiz mandará imiti-lo provisoriamente na posse dos bens”. A imissão provisória em imóveis residenciais urbanos é disciplinada pelo Decreto-lei n.º 1.075/1970.

⁴⁷² Cf. ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, o estado de necessidade sacrifica alguns bens prestigiados pelo ordenamento, dentre os quais o sistema de competências (*Curso de derecho administrativo*, pp. 811-812).

⁴⁷³ Cf. José dos Santos CARVALHO FILHO (*Manual de direito administrativo*, p. 534). No mesmo sentido Roberto DROMI: “El acto necesario puede también ser ejecutado por particulares en interés público, asumiendo el carácter de gestión de negocio (si se trata de un acto), y de empleo útil (si se trata de un hecho), como cuasi-contrato de la administración” (*Acto administrativo: ejecución, suspensión y recursos*, p. 81, nota 31).

⁴⁷⁴ Cf. Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. *Discricionariedade e Controle Jurisdiccional*, p. 9.

hodiernamente, em que a incidência e a aplicação da discricionariedade repercutem de maneira marcante no exercício da função administrativa, em todas as suas vertentes.

A discricionariedade apresenta fundamentos que a tornam imprescindível no Estado contemporâneo, dentre as quais se destacam quatro, não excludentes entre si.⁴⁷⁵

São elas, conforme síntese apresentada por Weida Zancaner^{476 e 477}: (i) deliberado intento legal; (ii) impossibilidade material de a função legislativa prever todas as situações fáticas; (iii) inviabilidade jurídica de supressão da discricionariedade; e (iv) imperativo lógico, dada a necessidade do legislador se utilizar de conceitos práticos.

Conforme Weida Zancaner,

Parcela considerável da doutrina diz que a discricionariedade provém do deliberado intento legal de conferir à Administração Pública uma certa margem de liberdade, para esta poder decidir, quando da aplicação da lei, tendo em vista acontecimentos singulares o que é mais consentâneo com as finalidades assinaladas no ordenamento jurídico.⁴⁷⁸

Considera-se, também, a “impossibilidade material de o legislador prever todas as situações fáticas que podem ocorrer no mundo fenomênico”.⁴⁷⁹

A justificativa é extraída de Hans Kelsen, para quem

a norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada (...) Até uma ordem que chega ao detalhe tem que deixar ao executor uma infinidade de determinações. Se o órgão A dispõe que o órgão B detenha o súdito C, o órgão B há de decidir, segundo seu critério, quando, onde e como realizará a ordem de detenções, decisões estas que dependem de circunstâncias externas que não precisam nem podem tampouco prever em grande parte o órgão que dá a ordem.⁴⁸⁰

⁴⁷⁵ Cf. ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*, p. 60.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, pp. 58-9.

⁴⁷⁷ Outras justificações são propostas, com algumas variações. O arcabouço geral, no entanto, se assemelha em todas elas. Régis Fernandes de Oliveira, por exemplo, aponta, como fundamentos da discricionariedade: a) impossibilidade material (da previsão legislativa absoluta); b) impossibilidade lógica (diante dos conceitos indeterminados); c) impossibilidade jurídica (*Atos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 67-69). Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, por sua vez, indica critérios práticos e jurídicos para justificá-la (*Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*, p. 67-71).

⁴⁷⁸ *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 58. Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO indica exemplo em que o legislador poderia conferir discricionariedade ou vinculação a determinado ato. Uma norma acerca de internamento gratuito nos hospitais públicos poderia estipular o benefício aos “doentes que apenas ganharem um salário mínimo” (*Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 34). “Neste caso não haveria discricionariedade nenhuma”, aduz o autor. Para então prosseguir que “a lei poderia dispor sobre esse mesmo tema da seguinte forma: terão internamento gratuito nos hospitais públicos, as pessoas doentes que forem ‘pobres’”. Neste caso, em virtude da utilização de conceito vago, a discricionariedade torna-se potencial.

⁴⁷⁹ Cf. Weida Zancaner (*ibid.*, p. 58).

⁴⁸⁰ *Teoria Pura do Direito*, p. 388.

Afonso Rodrigues Queiró assinala que

a norma é obra de um legislador, e seria insensato negar que a êste legislador é impossível, material e logicamente impossível, para muitíssimas hipóteses, transmitir ao agente mais do que ordens e enunciar os fatos com conceitos de caráter em certa medida vago e incerto.⁴⁸¹

A percepção de que a função legislativa assume tal peculiaridade, a par da necessidade da atuação administrativa – imediata por definição –, desemboca na técnica da discricionariedade como solução.

Assim,

o legislador sempre vai conceder um grau maior de discricionariedade onde as circunstâncias da realidade, que deve ser regulamentada, dificilmente são previsíveis, e o alcance de um determinado fim exige o exercício de conhecimento específicos da Administração para garantir uma decisão justa e correta no caso concreto.⁴⁸²

No campo da atuação administrativa, a multiplicidade fática se observa em diversos dos seus campos, como no exercício do poder de polícia, na aplicação do poder disciplinar, assim também na prática contratual do Poder Público.

O terceiro fundamento consiste na “inviabilidade jurídica de suprimir-se a discricionariedade, visto que, no Estado de Direito, cada órgão exerce, prioritariamente, a função que lhe é própria, caracterizando-se a função legislativa pela edição de normas jurídicas gerais e abstratas”.⁴⁸³ E conclui que “não pode o legislador baixar a minudências, sob pena de ingressar no campo das individualizações, área reservada à atuação administrativa”. Não é difícil notar que a justificativa anterior, em cotejo com a presente, não se excluem, na medida em que o aspecto fático (a impossibilidade material) repercute no jurídico (competência peculiar das funções do Estado).

Como derradeiro fundamento, ainda segundo Weida Zancaner, “a discricionariedade resulta também de um imperativo lógico, por ter necessariamente o legislador de se utilizar de dois tipos distintos de conceitos: o teórico, que se refere à realidade empírica, e o prático, que se refere ao mundo da cultura, da sensibilidade”.⁴⁸⁴ Esbarramos aqui em tema dos mais

⁴⁸¹ A Teoria do “Desvio de Poder” em Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. n. 6, p. 55.

⁴⁸² Cf. KRELL, Andreas. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais*, p. 18.

⁴⁸³ Cf. ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos* p. 58.

⁴⁸⁴ *Ibid.*, p. 50.

áridos: o da relação entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa.

Compreendem os conceitos indeterminados aqueles cujas condições “pueden existir em mayor o menor grado”,⁴⁸⁵ “suscetíveis de existir em graus e medidas variáveis”.⁴⁸⁶ Não é difícil entender a extensão da temática. A indeterminação envolve o conceito, figura eminentemente linguística. E como salientado por Sainz Moreno, citado por Dinorá Grotti,⁴⁸⁷ “a relação entre o Direito e a linguagem é de vinculação essencial”. Dentre os conceitos existentes, abundam aqueles relacionados à linguagem natural, dotados de ampla vaguidade e ambiguidade. Carrió denominou tal característica de “textura abierta del lenguaje”.⁴⁸⁸

Ocorre que, como visto, a linguagem jurídica tem as características próprias da linguagem natural. Como salientado por Dinorá Grotti, “a ambigüidade e a imprecisão encontráveis nas linguagens naturais são marcas características da linguagem jurídica”.⁴⁸⁹ Assim, deduz-se que a imprecisão conceitual abarca todo o Direito, em seus diversos ramos (Civil, Penal, Processual, Constitucional, Administrativo etc).

Aliás, “a origem desses conceitos indeterminados é o Direito Privado, no qual o juiz deve concretizar diariamente termos como ‘boa-fé’, ‘vícios ocultos’, ‘bons costumes’, referentes a contratos etc”.⁴⁹⁰

No entanto, foi no Direito Administrativo que a questão sobrelevou-se. Isto por conta da “natureza das funções da Administração, sobretudo devido ao fato de a Administração se orientar à satisfação de necessidades sociais”,⁴⁹¹ embasada em categorias jurídicas indefinidas *in abstracto*. De tal modo que a Administração pode implementar medidas administrativas, aplicando *in concreto* os conceitos indeterminados estampados na norma, como é o caso das expressões “utilidade pública”, “relevância”, “serviço adequado”, “modicidade tarifária”, “eficiência”.⁴⁹² Assim também os vocábulos “urgência”, “perigo iminente”, dentre outros.

⁴⁸⁵ Cf. ALESSI, Renato Alessi. *Instituciones de Derecho Administrativo*, p. 188.

⁴⁸⁶ Cf. GROTTI, Dinorá. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 3, n. 12, p. 110).

⁴⁸⁷ *Ibid.*, p. 84.

⁴⁸⁸ *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 33.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, p. 85.

⁴⁹⁰ Cf. KRELL, Andreas. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais*, p. 20.

⁴⁹¹ Cf. Antônio Francisco de SOUZA, *apud* Dinorá GROTTI, *ibid.*, p. 88.

⁴⁹² Sérgio GUERRA, *Discricionariedade Técnica e Agências Reguladoras - Uma Abordagem em Sede Doutrinária e Pretoriana*. In: *Direito Administrativo - estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*, Fábio Medina Osório e Marcos Juruena Villela Souto, p. 876.

Visto isso, será feita a seguir ligeira incursão na doutrina que versa sobre o tema dos conceitos indeterminados.

A origem do debate se deu, já no século XIX, no direito continental europeu, onde a oposição entre o austríaco Bernatzik e o alemão Tezner assinalava a polêmica que a partir de então seria instaurada, e que persistiria.⁴⁹³

Bernatzik reconheceu a existência de uma extensa esfera de poder discricionário, ao relacionar os conceitos vagos e a discricionariedade administrativa.⁴⁹⁴ Por conta disto, “entendia que conceitos abertos como ‘interesse público’ teriam que ser preenchidos pelos órgãos administrativos especializados, sem a possibilidade da revisão da decisão pelos tribunais”.⁴⁹⁵ Já Tezner, baseado num racionalismo legalista, e combatendo as decisões da Corte Administrativa da Áustria, estabelece o discrime entre discricionariedade e indeterminação dos conceitos, motivo pelo qual defendeu “um controle objetivo de todos os conceitos normativos – inclusive os vagos – das leis que regiam a relação entre a Administração e os cidadãos”.⁴⁹⁶

As discussões ensejadas por tais lições antagônicas perduraram na doutrina germânica, dividindo a opinião dos juristas. De um lado, Tezner, Bühler e Laband. De outro, Bernatzik, Laun, Jellinek, Otto Mayer e Fritz Fleiner.⁴⁹⁷ Como esperado, a jurisprudência sofreu influência da oposição doutrinária, motivo pelo qual se formaram igualmente duas posições distintas.⁴⁹⁸

Vale notar, como assinala Dinorá Grotti, a tendência hodiernamente observada.

Mais recentemente, houve um crescente movimento da doutrina e da jurisprudência no sentido de reconhecer à discricionariedade da

⁴⁹³ A polêmica instaurada entre Bernatzik e Tezner mereceu análise detida por diversos autores, dentre os quais destacamos António Francisco de SOUSA (*Conceitos indeterminados no Direito Administrativo*, pp. 34-44), Afonso Rodrigues QUEIRÓ (A Teoria do “Desvio de Poder” em Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 6, pp. 63 e ss.). Sobre os debates observados no direito germânico, merecem nota os estudos de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (*Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*, pp. 98-108) e de Dinorá GROTTI (Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 3, n. 12, pp. 88-95).

⁴⁹⁴ Cf. Afonso Rodrigues QUEIRÓ (*Ibid.*, p. 54).

⁴⁹⁵ Cf. Andreas KRELL (*Ibid.*, p. 29).

⁴⁹⁶ Cf. Andreas KRELL (*Ibid.*, p. 29).

⁴⁹⁷ Cf. Dinorá GROTTI, *ibid.*, p. 89.

⁴⁹⁸ Dinorá GROTTI (*ibid.*, pp. 93-4). Uma corrente desenvolveu-se na Áustria, pela qual os conceitos discricionários “implicavam a idéia de que, quanto a lei os empregasse, era porque tinha reconhecido, a favor a administração, um campo livre, retirado do controle dos tribunais administrativos”. “A outra corrente desenvolveu-se na Alemanha”, sobretudo após o regime totalitário de 1933-1945, “com a preocupação de impor limites à Administração e ao Governo”, e baseava-se no seguinte entendimento: “o conceito jurídico indeterminado permitia apenas uma interpretação e aplicação certas, a qual devia ser controlado pelos tribunais administrativos; portanto, não equivalia à discricionariedade”.

administração um espaço livre de criação e uma função positiva na proteção da coletividade dos cidadãos, especialmente no clássico direito de polícia, no campo da proteção do meio ambiente e na sua tarefa de orientação econômica. (...) Volta-se a aceitar uma esfera de liberdade criadora à Administração no âmbito do direito.⁴⁹⁹

Tal mudança de paradigma também foi notada, entre nós, por Andreas Krell, para quem “nas últimas duas décadas, cresceu consideravelmente o número de autores germânicos que não aceitam mais a distinção rígida entre conceitos indeterminados e discricionariedade; hoje, eles representam talvez a maioria”.⁵⁰⁰

Como é evidente, as lições do direito germânico influenciaram os demais países, sobretudo no direito espanhol,⁵⁰¹ italiano,⁵⁰² português⁵⁰³ e, mais recentemente, no brasileiro.⁵⁰⁴

Com base nas lições do português Afonso Rodrigues Queiró, a doutrina nacional costuma apartar: (i) os *conceitos teóricos*, executáveis univocamente, “ya que no son susceptibles de existir em medida distinta (por ejemplo, el numero de hijos, el alcanzar una determinada edad, el hecho de disfrutar de una determinada renta, estar en posesión de un determinado título de estudios, etc.)”,⁵⁰⁵ e (ii) os *conceitos não teóricos* (ou *práticos*), que admitem várias interpretações. Somente em relação a estes que a discricionariedade se impõe.

De forma sintética, Dinorá Grotti expõe as posições existentes:⁵⁰⁶

- “a dos que consideram que os conceitos vagos ou imprecisos não dão margem à discricionariedade, porque, apreender-lhe o sentido é operação mental puramente interpretativa da lei”;

⁴⁹⁹ *Ibid.*, p. 95.

⁵⁰⁰ *Ibid.*, p. 31.

⁵⁰¹ Destaque para as lições de Eduardo García de ENTERRÍA, em publicação de 1962. Sobre o Direito espanhol, há estudos específicos desenvolvidos por António Francisco de SOUSA, Afonso Rodrigues QUEIRÓ, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO e Dinorá GROTTI.

⁵⁰² Massimo Severo GIANINI e Renato ALESSI. Os autores citados na nota de rodapé anterior igualmente analisam o Direito italiano.

⁵⁰³ Afonso Rodrigues QUEIRÓ e António Francisco de SOUSA, já mencionados.

⁵⁰⁴ Apesar de pouco desenvolvido no Direito brasileiro, como ressalta Dinorá GROTTI, o tema dos conceitos jurídicos indeterminados foi abordada pelos seguintes autores nacionais: Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO (*Princípios Gerais de Direito Administrativo*), Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (*Discricionariedade e controle jurisdicional*) Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Discricionariedade administrativa na constituição de 1988.*), Regina Helena Costa (*Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*), Onaldo Franco Jannotti (*Conceitos indeterminados e origem lógico-normativo da discricionariedade*), Lúcia Valle Figueiredo (*Discricionariedade poder ou dever*), Régis Fernandes de Oliveira (*Atos Administrativos*), Eros Roberto Grau (*Direito Posto e Direito Pressuposto*).

⁵⁰⁵ Renato ALESSI, *Instituciones de Derecho Administrativo*, p. 187.

⁵⁰⁶ “Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa”. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 3, n. 12, p. 108.

- “a dos que entendem que os conceitos práticos são a única fonte de discricção, ou seja, a discricionariiedade advém somente de tais conceitos”;
- “a dos que sustentam que os conceitos fluidos podem conferir discricionariiedade à Administração”.

A primeira posição baseia a chamada teoria da única solução justa,⁵⁰⁷ adotada por Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández, influenciado pela doutrina alemã do pós-guerra, bem como, entre nós, por Eros Graus⁵⁰⁸ e Tércio Sampaio Ferraz Júnior.⁵⁰⁹ A aplicação de tais conceitos ou a qualificação de circunstâncias concretas não admite mais que uma solução: ou se dá ou não se dá o conceito. Conforme Sérgio Guerra,

sustentam que a diferença entre a discricionariiedade e os conceitos jurídicos indeterminados é vital, capital. Vale dizer, sendo a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados um caso de aplicação e interpretação da lei que utilizou tal conceito, o juiz pode controlar tal aplicação valorando se a solução a que com ela chegou é a única solução justa que a lei permite.⁵¹⁰

No entanto, a solução apontada por tais juristas é extrema, porquanto desconsidera que o fenômeno interpretativo, dada sua complexidade, muitas vezes deixa margem a dúvidas quanto à solução mais justa. Evocamos lição de Bernatzik, reproduzida pela doutrina estrangeira e nacional, segundo a qual na execução dos conceitos vagos existe “um limite além do qual nunca terceiros podem verificar a exatidão ou não exatidão da conclusão atingida. Pode dar-se que terceiros sejam de outra opinião, mas não podem pretender que só eles estejam na verdade, e que os outros tenham uma opinião falsa”.⁵¹¹

Leciona Dinorá Grotti que,

em muitas ocasiões, mesmo recorrendo-se a todos os meios para delimitar o âmbito de uma expressão vaga, exatamente porque o conceito é impreciso, a interpretação não será suficiente para afastar a indeterminação do conceito, e o administrador, como primeiro aplicador deste poderá optar por uma entre várias condutas possíveis, desde que igualmente razoáveis.⁵¹²

⁵⁰⁷ Sérgio GUERRA, *Discricionariiedade Técnica e Agências Reguladoras - Uma Abordagem em Sede Doutrinária e Pretoriana*. In: *Direito Administrativo - estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*, Fábio Medina Osório e Marcos Juruena Villela Souto, p. 878.

⁵⁰⁸ *Direito Posto e Pressuposto*, p. 202.

⁵⁰⁹ *Discricionariiedade nas decisões do CADE sobre Atos de Concentração*, apud Sérgio Guerra, *ibid.*, p. 882.

⁵¹⁰ *Ibid.*, p. 880.

⁵¹¹ apud Afonso Rodrigues QUEIRO, A Teoria do “Desvio de Poder” em Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. n. 6, p. 63. A lição é adotada expressamente por Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (*Discricionariiedade e controle jurisdicional*, p. 23) e Dinorá GROTTI (*Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariiedade administrativa*, p. 109).

⁵¹² *Ibid.*, p. 109.

Não se pode deixar de concordar com a afirmativa, motivo pelo qual se afasta a teoria da única solução justa.⁵¹³

Remanesce, no entanto, uma dúvida: a interpretação de um conceito vago sempre dará ensejo à discricionariedade?

A solução é casuística, não se podendo afastar a possibilidade de que a vaguidade ao nível da norma desemboca, no caso concreto, em uma única interpretação. Concordamos, logo, com Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem noções imprecisas

ensejarão, em certos casos, objetiva certeza de que *in concreto*, forma bem ou mal reconhecidas. Isto em alguns casos, não porém em todos. É dizer: em dadas situações, nas paradigmáticas ou típicas, poder-se-á dizer, em nome de uma verdade objetivamente convincente, que alguém indubitavelmente é pobre ou que é velho ou então que não o é (...), porém, em outras tantas, mesmo recorrendo-se a todos os meios mais além aduzidos para delimitar o âmbito de uma expressão vaga, ter-se-á de reconhecer que não se poderia rechaçar como necessariamente falsa nenhuma dentre duas opiniões conflitantes sobre o mesmo tópico.⁵¹⁴

Ensina Dinorá Grotti:

A existência de conceitos não unívocos não quer dizer, necessariamente, que haja competência discricionária dentro das comportas que a legalidade demarca. Isto porque a discricção ao nível da norma não é suficiente para dizer que há discricionariedade no caso concreto. A ‘admissão’ de discricionariedade no plano da norma é uma possibilidade, uma condição necessária, porém não suficiente para que ocorra *in concreto*. Sua previsão na ‘estática’ do Direito não lhe garante presença na ‘dinâmica’ do Direito. Ou seja, uma coisa é detectar discricção em uma norma abstrata, outra é verificar se a discricção não se dilui quando da aplicação da norma ao caso concreto.⁵¹⁵

E prossegue a autora:

O exame das circunstâncias de fato, a finalidade normativa, a causa do ato, os princípios e valores do ordenamento, as zonas de certeza positivo e negativa dos conceitos jurídicos indeterminados, o critério da razoabilidade e a interpretação feita contextualmente, em regra, afunilam o caminho a ser seguido pelo administrador, de tal maneira que este possa se ver não mais

⁵¹³ Como salienta Sérgio Guerra, “Parece ser acertada a corrente doutrinária que admite mais de uma solução justa na integração dos conceitos jurídicos indeterminados. Isto porque a solução justa somente poderá existir num plano de filosofia pura, não se sustentando diante de todos os casos concretos. Em assim sendo, se apóia o pensamento de que os conceitos jurídicos indeterminados se inserem no conceito da teoria da discricionariedade administrativa” (Discricionariedade Técnica e Agências Reguladoras - Uma Abordagem em Sede Doutrinária e Pretoriana”. In: Direito Administrativo - estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Fábio Medina Osório e Marcos Juruena Villela Souto, p. 884).

⁵¹⁴ *Discricionariedade e controle jurisdicional*, pp. 22-3.

⁵¹⁵ *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*, p.111.

diante de um leque de opções, mas diante de uma única escolha legítima diante do caso concreto.

Para então concluir: “destarte, para nós, a menção a conceitos indeterminados pela lei pode ou não conduzir à atribuição de liberdade discricionária à Administração Pública. Pensamos que a solução à questão – e aí reside a dificuldade maior – só pode ser fornecida casuisticamente.”⁵¹⁶.

Como se nota, a discricionariedade encontra-se na aferição acerca da existência ou não da situação de urgência e do estado de necessidade. Diante do caso concreto, o administrador se verá diante de situações em que, de maneira inequívoca, tais pressupostos encontram-se presentes, ou, pelo contrário, patente a inexistência de tais condições. Nesta hipótese, inexistente qualquer discricionação. Outras situações, porém, a mesma aferição recairá na chamada “zona de penumbra” do conceito, o que legitimará a exercício da competência discricionária pelo agente.

4.2.3. Inexistência de outra via jurídica (UMA 3ª HIPÓTESE?)

Igualmente representa uma das conclusões do *arrêt Société immobilière de Saint-Just* a possibilidade de execução administrativa em caso de inexistência de sanção penal para forçar o cumprimento da obrigação pelo particular. Esta, aliás, a justificativa extraída pela decisão para legitimar a atuação do governo, que lacrou o imóvel em que funcionava uma congregação religiosa que não detinha autorização para exercer atividade no local.

A regra geral, no âmbito do direito francês, consiste na execução judicial da ordem administrativa por meio da jurisdição penal, vez que o seu incumprimento configura crime disposto no artigo R. 26, 15.º, do Código Penal. Conforme Long, Weil, Braibant, Delvolvé e Genevois, com menção à decisão de Romieu,

a idéia essencial é que a administração não deve, em princípio, executar com a força suas próprias decisões; é o emprego das sanções penais, pronunciadas pelo juízo repressivo, com todas as garantias que comportam o procedimento penal, que devem assegurar normalmente a execução dos atos administrativos.⁵¹⁷

⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 111.

⁵¹⁷ *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, p. 64.

Porém, no caso de ausência da qualquer sanção penal, não se poderia admitir que o desatendimento à obrigação pública restasse impune, sob pena de violação ao princípio da consecução do interesse público. Daí a possibilidade, mesmo na ausência de uma lei autorizando a competência executória, do recurso à execução forçada.⁵¹⁸

Inicialmente circunscrita à sanção penal, posteriormente outros arestos do Conselho de Estado ampliaram a hipótese, passando a abarcar penalidades de natureza civil e administrativa. Foi o que se deu no *arrêt Commune de Triconville* (1909) e no *arrêt Anduran* (1925).⁵¹⁹ Daí haver alguns autores sintetizado a hipótese à “inexistência de outra via de direito”.⁵²⁰

A bem da verdade, ainda se mantém como controversa no direito francês a tipologia das vias jurídicas que legitimam a execução forçada via administrativa. Long, Weil, Braibant, Devolvé e Genevois consideram a inexistência de qualquer via jurídica (penal, civil ou administrativa) como suficiente para o exercício da autoexecutoriedade. Já Sirat, citado por Mercedes Lafuentes, entende que a condição se restringe à sanção penal, colocando em xeque as decisões posteriores a 1902.⁵²¹ Outros, ainda, entendem que a inexistência de via jurídica deve ser entendida com a inexistência de toda ação judiciária, civil ou penal.⁵²²

Prefere-se a primeira posição. Baseado na compreensão de que a autoexecutoriedade representa a *ultima ratio*, não se pode deixar de atribuir às sanções penais, civis e administrativas a condição de pressuposto negativo para o exercício da prerrogativa executória. O princípio da proporcionalidade aponta no mesmo sentido, vez que o recurso às outras vias jurídicas satisfaz o requisito da necessidade (v. capítulo seguinte, ref. aos limites).

A hipótese da inexistência de outra via jurídica constitui uma faceta do critério da inutilidade exposto por Carlos Ari Sundfeld. Com efeito, a imputação de uma obrigação pública a cujo descumprimento não seja prevista qualquer consequência representa tornar inútil os comandos normativos. Trata-se da idéia base de toda a teoria jurídica, nomeadamente

⁵¹⁸ “la loi – et l’administration agit en exécution de la loi – doit être obéie, et elle le sera par la force s’il n’y a aucun autre moyen possible. L’exécution forcée est selon Romieu ‘un moyen empirique justifié légalement, à défaut d’autre procédé, par la nécessité d’assurer l’obéissance à la loi” (Cf. Long *et alli*, ob. cit., p. 64).

⁵¹⁹ Cf. GOMES, Carla Amado. (*Contributo para o estudo das operações materiais da administração pública e do seu controlo jurisdicional*, p. 53, nota 73). “Allant plus loin que Romieu, la jurisprudence considère que ce n’est plus seulement l’existence d’une sanction pénale, mais la possibilité d’user de tout autre procédé légal pour obtenir l’obéissance du récalcitrant, qui exclut l’action d’office. Il en est ainsi de la possibilité d’exercer une action judiciaire quelconque ou d’obtenir le même résultat par des voies de droit différentes” (Long *et alli*, p. 67).

⁵²⁰ Cf. Laubadère *et alli* (*Traité de droit administratif*, p. 770 – tradução livre).

⁵²¹ *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la administración pública: Fundamento constitucional e régimen jurídico*, p. 27, nota 22.

⁵²² Cf. *Arrêt Bouchon* (1911).

a teoria da norma, pela qual à estrutura no comando jurídico deve estar integrada uma sanção pelo descumprimento do dever-ser.

Porém, muito embora o ponto de partida seja o aresto francês, a análise deve ser feita de acordo com as peculiaridades do regime jurídico brasileiro, para daí se extrair a real utilidade da hipótese.

4.2.3.1. Da sanção penal

A propósito da sanção penal, foi visto que se trata de regra geral no direito francês. Observe-se que a jurisdição penal na França, para além da competência punitiva, pode autorizar a Administração a executar o ato administrativo descumprido.⁵²³

Relembrar que o sistema anglo-saxão igualmente se vale, regra geral, das sanções penais para impor o cumprimento das obrigações públicas.

No entanto, no direito brasileiro, os contornos que vem assumindo a aplicação dos crimes relacionados ao descumprimento das ordens administrativas praticamente inutilizam qualquer sanção penal.

A não verificação das obrigações públicas pelos particulares pode ensejar os crimes de desobediência e resistência. Relativamente à doutrina administrativista, estes tipos penais correspondem às figuras, respectivamente, da resistência passiva e ativa. Pela primeira, o administrado simplesmente não toma qualquer atitude *lato sensu* no sentido de cumprir o dever que lhe foi imposto. Não faz aquilo a que foi obrigado (nas obrigações de fazer), comporta-se positivamente em sentido oposto (nas obrigações de não fazer) e não tolera determinado ônus público (obrigações de suportar). Já pela segunda o particular se vale de meios mais drásticos para a oposição à obrigação, recusando-se ativamente ao seu cumprimento. Trata-se da resistência *manu militari*.⁵²⁴

⁵²³ Georges VEDEL: “L’ exécution forcée ne peut avoir lieu sans recours préalable au juge. Dans la plupart des cas, la résistance des administrés à l’exécution des décisions administratives est punie par la loi pénale. Par suite, en cas de résistance d’un intéressé, l’Administration doit provoquer une poursuite pénale. La condamnation pénale doit normalement obliger le délinquant à s’incliner et il est d’ailleurs admis qu’une fois acquise, elle justifie l’action de l’Administration pour exécuter par la force” (*Droit Administratif*, pp. 182-3).

⁵²⁴ A distinção é procedida por Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO: “a resistência simples [passiva], em que alguém meramente deixa de cumprir uma determinação administrativa, e a resistência *manu militari*, na qual o administrado opõe *força física* à execução de uma to procedida pela Administração” (*Cursode direito administrativo*, p. 475 – itálico no original).

O crime de desobediência, estampado no artigo 330 do Código Penal, consiste no descumprimento de ordem legal de funcionário público.

Ocorre que a interpretação doutrinária e jurisprudencial afasta a caracterização deste crime na hipótese de a lei extrapenal cominar sanção civil ou administrativa e não prever cumulação com o artigo 330 do Código Penal. Justifica-se, neste caso, a conduta atípica, na medida em que o ordenamento jurídico busca resolver o descumprimento da ordem no âmbito do direito civil ou administrativo. “Esta interpretação é adequada ao *princípio da intervenção mínima do direito penal*, sempre invocado como *ultima ratio*”.⁵²⁵

Tal requisito, de criação doutrinária e jurisprudencial, acaba muitas vezes por tornar letra morta tal cominação penal. Isto por razões de duas ordens.

De um lado, constata-se uma existência generalizada, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, tanto das sanções administrativas quanto das cíveis.

Aos inúmeros ilícitos administrativos correspondem uma quantidade igualmente sem fim de penalidades aplicadas pela Administração. São exemplos as penas pecuniárias (multas), interdições, embargos, apreensões de produtos e mercadorias, demolições, destruições de objetos, proibição de fabricação ou comércio de determinados produtos etc. Ademais, como será visto adiante de maneira pormenorizada, as tutelas específicas na seara processual brasileira igualmente generalizaram a possibilidade de cominação no âmbito cível.

De outro, as legislações que disciplinam tais sanções administrativas e cíveis não prevêm cumulação com a sanção penal. Basta verificar, por exemplo, que o Código de Processo Civil, no bojo dos dispositivos que tratam da tutela específica das obrigações de conduta (notadamente o seu artigo 461), ao preconizar diversas medidas visando ao cumprimento da obrigação, não prevê a configuração do crime de desobediência. O mesmo no tocante às penalidades na seara administrativa, motivo pelo qual a jurisprudência vem afastando a configuração do delito penal.

Ao lado do crime de desobediência (resistência passiva), o incumprimento pelo particular também pode se dar pela resistência ativa, o que configura o crime com igual denominação, prevista no artigo 329 do Código Penal. O tipo penal é o seguinte: “Opor-se à

⁵²⁵ Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Especial*, p. 459 (itálico no original). No mesmo sentido Damásio de JESUS, para quem “inexiste o delito se a desobediência prevista na lei especial já conduz a uma sanção civil ou administrativa, deixando a norma extrapenal de ressalvar o concurso de sanções (a penal, pelo delito de desobediência, e a extrapenal)” (*Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1988, vol. 4, p. 187).

execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio”.

Como se vê, trata-se de hipótese diversa da de resistência passiva, correlacionada ao crime de desobediência.

Na resistência do artigo 329 – ou resistência ativa, para os administrativistas – verifica-se uma oposição *manu militari* à autoridade da qual emana a ordem legal.

A configuração deste crime deve ser feita à luz dos parâmetros de invalidade do ato administrativo. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, legítimo o manuseio da resistência ativa apenas nos casos de atos inexistentes.⁵²⁶

Nesta hipótese, não se verifica nenhuma restrição jurisprudencial ou doutrinária. A resistência pelo uso da força ou da ameaça torna passível a responsabilização penal do particular renitente. O comportamento antijurídico do indivíduo, que investe forças contra agente públicos, mereceu a configuração de delito.

4.2.3.2. Da sanção administrativa

Dentre as prerrogativas envolvidas no exercício da função administrativa encontra-se a potestade sancionatória. Assim, a prática de ilícitos de natureza administrativa enseja, dentre outras consequências, a cominação de sanção com igual natureza.

Trata-se de figura sobre a qual ainda reina grande controvérsia, sobretudo no direito estrangeiro. Mesmo no cenário nacional, o dissenso se observa no âmbito das obras específicas sobre o tema.⁵²⁷

Vislumbra-se com reserva a afirmação de que a inexistência de sanção administrativa representa uma autorização implícita para a autoexecutoriedade do ato administrativo.

A execução tem por fim a reposição da legalidade, a sanção visa infligir um castigo em virtude do incumprimento. Sancionar pode indirectamente levar o infrator a cumprir, compeli-lo ao acatamento, mas não supre a realização da

⁵²⁶ *Curso de direito administrativo*, p. 476. “(...) com relação aos atos *inexistentes*, por se constituírem em comportamentos que prescrevem a prática de crimes e expõem o administrado a sofrê-los, há de ser aceito irrestritamente, isto é, até mesmo *manu militari*, o direito de resistência da vítima” (itálico no original).

⁵²⁷ V. Heraldo Garcia VITTA (*A Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003), Fábio Medina OSÓRIO (*Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2006), Rafael Munhoz de MELLO (*Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Malheiros, 2007), dentre outros.

obrigação omitida. Por isso, podem coexistir sanção e execução, legalmente previstas, uma vez que têm finalidades diferentes. O que nos leva a concluir que a ausência de sanção não significa fatalmente que o legislador deferiu implicitamente à Administração a missão executiva, mas tão só que se abstraiu de punir a conduta desobediente.⁵²⁸

Relembre-se a distinção acima procedida, entre exigibilidade e autoexecutoriedade. O primeiro representa atributo pelo qual a Administração exerce meios de coerção indireta visando ao cumprimento da obrigação pública pelo particular. É nesta seara que se incluem as sanções administrativas. Já o segundo atributo consiste, como visto e revisto, na tomada da medida executória pela própria Administração, que se vale da coerção direta para tanto. Ocorre que ambos os atributos não podem ser considerados excludentes entre si, admitindo-se a sua coexistência.

Conclui-se que a idéia central é a seguinte: o que torna legítima a autoexecutoriedade é a inexistência de outra via administrativa menos incisiva na esfera jurídica do particular. Subjacente, como é fácil perceber, o princípio da proporcionalidade, mais precisamente o requisito da necessidade (como será visto no Capítulo 5).

4.2.3.3. Da sanção civil

O que se deve entender por sanção civil para efeitos de pressuposto negativo ao exercício da autoexecutoriedade?

Não se está fazendo referência às relações de direito privado em que a Administração comparece. Desta noção também se excluem as consequências advindas da responsabilidade do particular perante o Poder Público.

A jurisprudência francesa, buscando os contornos da hipótese geral (inexistência de outra via de direito), entendeu que a seara civil deveria ser entendida como a falta de uma “ação civil”.⁵²⁹

Assim, considerando o gênero sob análise – inexistência de outra via jurídica –, bem assim os meios anteriormente analisados – via penal e administrativa –, deduz-se que a via

⁵²⁸ Cf. GOMES, Carla Amado. *Contributo para o estudo das operações materiais da administração pública e do seu controlo jurisdicional* p. 54.

⁵²⁹ Cf. Laubadère *et alli* (ob.c it., p. 771).

civil representa algum meio processual para compelir o particular ao cumprimento da obrigação.

É o que tradicionalmente se denomina ação cominatória, pela qual, no âmbito das obrigações de fazer ou não fazer, o judiciário não só impõe o cumprimento do dever, como também toma medidas visando ao seu cumprimento. De acordo com Moacyr Amaral Santos, “cominar significa ameaçar com pena, ou castigo”.⁵³⁰ “O autor solicita do órgão jurisdicional a expedição de uma ordem para que o réu cumpra a obrigação sob a *cominação* de pena”.⁵³¹

Foi prevista no Código de Processo Civil de 1939, no âmbito do qual assumia a condição de procedimento especial de jurisdição contenciosa (artigos 302 e seguintes).⁵³² Posteriormente, o Código de 1973 deslocou a ação cominatória para o título do procedimento ordinário. O seu artigo 287 estabelecia, de maneira genérica, que “se o autor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial a cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença”.⁵³³

No entanto, a despeito das lições doutrinárias que buscavam destacar a figura da ação cominatória,⁵³⁴ a jurisprudência que se construiu acerca de sua aplicação, sobretudo após a alteração do Código de 1973, a tornou um instrumento processual totalmente ineficiente. A uma, em virtude da exigência de que a lei que regulasse a obrigação de conduta previsse expressamente a possibilidade de sua exigência específica, inviabilizando seu manuseio generalizado. Prevalente a regra de que o inadimplemento de tais obrigações se resolvia em perdas e danos.⁵³⁵ A duas, porque a incidência da multa diária, cerne da ação cominatória, somente se aplicava com o trânsito em julgado da sentença favorável ao autor, “inviabilizando, por completo, a desenvoltura de sua função de tutela específica”.⁵³⁶

⁵³⁰ *Ações Cominatórias no Direito Brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 5ª edição, 1973, volume I, p. 192. A análise procedida em tal obra se dá à luz do Código Processual de 1939.

⁵³¹ *Ibid.* (itálico no original).

⁵³² Destaque para o artigo 302, cujos incisos I a XI previam hipóteses específicas de ações cominatórias. Já o seu inciso XII estabelecia uma regra geral (“a quem, por lei ou convenção, tiver direito de exigir de outrem que se abstenha de ato ou preste fato dentre de certo prazo”).

⁵³³ A redação do dispositivo foi alterada pela Lei 10.444/2002: “Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461, §4º, e 461-A)”.
⁵³⁴ Cf. Moacyr Amaral Santos (*Ações... cit., passim*).

⁵³⁵ Cf. Moacyr Amaral Santos, citando Liebman, “do princípio absoluto de respeito à liberdade individual resulta a inadmissibilidade de coação, direta ou indireta, sobre a pessoa do obrigado, tendente a forçá-lo ao adimplemento da obrigação: *nemo praecise potest cogi ad factum*” (ob. cit., p. 187).

⁵³⁶ Cf. Joaquim Felipe Spadoni. *Ação Inibitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 86.

Neste contexto, excluindo algumas hipóteses específicas prestigiada pelo Código de Processo Civil, à Administração não era disponibilizado um instrumento processual eficaz para a execução de suas ordens. O rito ordinário da ação cominatória, desprovido de um mecanismo liminar, não se prestava à salvaguarda do interesse público. De tal modo que a via cível-judicial não se prestava a impedir a execução via administrativa.⁵³⁷

No entanto, posteriormente, tal quadro sofreu profundas alterações, notadamente com a reforma processual procedida em 1994.⁵³⁸ Institucionalizou-se a denominada tutela específica das obrigações de conduta (artigo 461 do CPC, com a redação dada pela Lei n.º 8.952/94), carreadora de instrumentos poderosos para a efetivação de obrigações.

Dentre eles, destaca-se a possibilidade de concessão de provimento liminar (artigo 461, §3º), com antecipação da própria tutela final pretendida. Saliente-se também os meios executivos diretos e indiretos colocados à disposição da parte para que o provimento jurisdicional seja dotado de efetividade, para que o direito do autor seja efetivamente satisfeito. A técnica de coerção indireta é representada pela multa, “ameaça destinada a convencer o réu a adimplir a ordem do juiz”.⁵³⁹ Já os mecanismos da coerção direta e da sub-rogação visam assegurar o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Portanto, a noção de ação cominatória deu lugar à de tutela específica das obrigações de conduta. A despeito da manutenção do artigo 287 pelo legislador,⁵⁴⁰ trata-se de mecanismo processual abarcado pela disciplina do artigo 461, motivo pelo qual, segundo a opinião de alguns autores, aquele dispositivo perdeu sentido no sistema.⁵⁴¹

Como se nota, trata-se de um instrumento que pode ser amplamente manejado pela Administração, para a implementação das obrigações públicas incumpridas pelos particulares, com utilização de mecanismos céleres (tutela antecipatória) e efetivas (meios diretos e indiretos).

É de se questionar a repercussão de tal via processual em relação à autoexecutoriedade do ato administrativo. Ou seja, na ausência de autorização legal (1ª hipótese) e de uma situação de urgência (2ª hipótese), bem como inexistindo outro meio para forçar o

⁵³⁷ Vicente GRECO FILHO, *A extinção da ação cominatória no Código de Processo Civil de 1973 e a executoriedade do ato administrativo*. In: *Justitia*, vol. 96, 1º trimestre de 1977, p. 33.

⁵³⁸ Antecedeu a reforma de 1994 as disposições do Código de Defesa do Consumidor relativas à tutela específica (artigo 84).

⁵³⁹ Luiz Guilherme MARINONI, *Tutela Específica*, p. 72.

⁵⁴⁰ A bem da verdade, a Lei n.º 10.444/02 alterou a sua redação, incorporando no texto a possibilidade de tutela antecipada.

⁵⁴¹ Joaquim Felipe SPADONI, *Ação Inibitória* p. 87.

cumprimento da obrigação (penal ou administrativo), é cabível ao administrador se valer da autoexecutoriedade, com base na 3ª hipótese?

4.2.4. Nossa conclusão

Da análise procedida acima, extraem-se algumas conclusões.

A inexistência de outra via jurídica representa hipótese de cabimento para o manuseio da execução administrativa há muito consagrada no direito francês. Alguns autores nacionais, inclusive, o reproduzem, notadamente quanto ao exercício do poder de polícia.⁵⁴²

Ocorre que a inexistência de outra via dificilmente se verificará. Se é verdade que a sanção penal, nomeadamente o crime de desobediência, raramente é aplicada em virtude do descumprimento de obrigações públicas decorrentes de ordens administrativas, o mesmo não se pode dizer no tocante às sanções administrativas e, sobretudo, às sanções cíveis.

Como visto, verifica-se uma disseminação de penalidades administrativas pelo ordenamento, destacando-se as sanções pecuniárias (multas), que impelem o adimplemento pelo obrigado. Trata-se do atributo da exigibilidade, representativo de uma coerção indireta. Sobreleva-se, além da via administrativa, a possibilidade do socorro às vias judiciais, por intermédio de mecanismo processual eficiente – a tutela específica.

Se antes da reforma processual de 1994 a utilização da ação cominatória poderia levar à inutilidade da medida (vez que, a par de sua limitada aplicabilidade, a cominação somente poderia ser aplicada após trânsito em julgado da lide), com o surgimento da tutela específica os óbices então existentes desapareceram, tornando-se a via judicial um mecanismo eficiente de imposição das obrigações públicas. E não só porque resta possível a incidência liminar da obrigação e da cominação, como também em virtude da possibilidade da execução específica promovida.

Destarte, deduz-se que referida hipótese não merece aplicabilidade atual entre nós. Remanescem, portanto, os dois outros casos sacados do aresto francês do início do século passado.

⁵⁴² Cf. BANDEIRA DE MELLO (*Curso de direito administrativo*, p. 835); CRETELLA JÚNIOR (*Do Ato Administrativo*, p. 98).

O primeiro refere-se à existência de lei atribuindo à Administração a competência executória. A permissão pode se dar de maneira expressa ou razoavelmente implícita.

Deve-se atentar que o permissivo implícito não merece aplicação nas hipóteses de autoexecutoriedade incidentes sobre os direitos fundamentais. Neste caso, imprescindível a execução via judicial.

O segundo estreita-se com as situações de urgência, hipótese em que o critério da inutilidade se apresenta em toda a sua plenitude. Irrelevante neste caso a existência de via judicial, imprestável a tutelar com eficiência o interesse público sob guarida.

Observe-se que o pressuposto da urgência deve ser compreendido no âmbito do estado de necessidade, que representa uma urgência qualificada pelo perigo que se apresenta.

Tais soluções se adequam melhor ao princípio da legalidade aplicada à Administração Pública, bem como ao da consecução do interesse público, sem desconsiderar as homenagens que se devem prestar à garantia jurídica da autorização judicial, notadamente em relação às intervenções nos direitos e garantias fundamentais dos particulares.

4.3. Natureza jurídica da competência executória: discricionariedade ou vinculação?

Questão relevante é saber se o exercício da autoexecutoriedade representa o manuseio de uma competência discricionária ou vinculada.

Imprescindível, previamente, delimitar o problema apresentado. Considerando que a discricionariedade pode ser verificada em vários planos, será analisada a questão referente à sua localização.

4.3.1. Localização da discricionariedade

Os critérios para tanto são diversos, como assinala Maria Sylvia Zanella Di Pietro.⁵⁴³

⁵⁴³ *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*, p. 76 e ss. A autora elenca a localização da discricionariedade, dentre outras, nas etapas de formação do ato administrativo, na norma jurídica, no momento da prática do ato, nos elementos do ato.

Há autores que relacionam a localização da discricionariedade com os elementos do ato administrativo (segundo a doutrina mais tradicional, sujeito, forma, finalidade, motivo e objeto). No entanto, incidem severas críticas sobre tal critério.

A própria divisão do ato em elementos é alvo de contestação. Queiró assinala, a esse propósito, que o que se costuma chamar de requisitos do ato

são essencialmente uma e a mesma coisa. São formas ou modos de ser duma mesma realidade, ou dum mesmo conceito jurídico que se costuma dividir e subdividir, quase se diria para obscurecer obstinadamente os problemas do direito administrativo. (...) Um chama causa ao que outro chama fim ou motivo, outro competência ao que aquele chama motivo, outro chama motivo aos antecedentes de fato do ato, outro ainda dá êste nome a considerações irrelevantes tidas em conta pelo agente... Mas que é a causa, que é a competência, que é o objeto, que é o fim, que é o motivo? ⁵⁴⁴

Igualmente tece críticas Andreas Krell.

A referida subdivisão do ato administrativo em seus elementos, na verdade, tem contribuído pouco para uma mais acurada análise da abrangência e do controle da discricionariedade, sendo ela talvez até responsável pela generalizada e indevida simplificação (ato vinculada x ato discricionário) do fenômeno da liberdade de decisão do Poder Executivo. Passos afirma que este ‘fracionamento artificial’ do ato jurídico administrativo “exerce uma função de imunizações dos elementos chamados ‘internos’ (finalidade e objeto), excluindo-os da apreciação do magistrado”. ⁵⁴⁵

Por conta disto, deixa-se de apreciar tal critério, preferindo a adoção de outro.

A premissa é a de que a discricionariedade decorre da própria lei, encontrando nela a sua justificação e também o seu limite. ⁵⁴⁶

Destarte, convém analisar a localização da competência discricionária no âmbito da estrutura normativa. Trata-se, com efeito, do melhor parâmetro, extraído das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello. De acordo com o autor, a discricionariedade pode decorrer:

(i) da *hipótese* da norma jurídica.

De acordo com a estrutura normativa condicional, “se A acontecer, deve ser B”. A hipótese consiste no elemento “A” da proposição normativa, representando o seu pressuposto de fato (motivo).

⁵⁴⁴ A Teoria do “Desvio de Poder” em Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. n. 6, p. 54.

⁵⁴⁵ *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais*, p. 26.

⁵⁴⁶ Cf. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (*Ibid.*, p. 76).

O modo pelo qual se dá a discricionariedade consiste na utilização dos conceitos jurídicos indeterminados. Segundo Dinorá Grotti, “ao descrever os fatos autorizadores ou exigentes de certo comportamento da Administração, pode se utilizar de conceitos vagos, imprecisos”.⁵⁴⁷

(ii) do *comando* da norma.

Trata-se do elemento “B” da estrutura normativa, por meio do qual se verifica o mandamento legal a ser implementado.

A discricção se verifica

quando nele se houver aberto, para o agente público, alternativas de conduta, seja (a) quanto a expedir ou não expedir o ato, seja (b) por caber-lhe apreciar a oportunidade adequada para tanto, seja (c) por lhe conferir liberdade quanto à forma jurídica que revestirá o ato, seja (d) por lhe haver sido atribuída competência para resolver sobre qual será a medida mais satisfatória perante as circunstâncias.⁵⁴⁸

Representa os campos da discricionariedade no *an*, *quid* e *quomodo* (se, quando e como).

Como se nota, Celso Antônio Bandeira de Mello não vislumbra a adoção dos conceitos indeterminados no âmbito do mandamento legal. No entanto, entendimento diverso assume Dinorá Grotti, para quem parece viável a localização dos conceitos imprecisos no próprio comando normativo.⁵⁴⁹ Cita as posições de Karl Engisch, Regina Helena Costa e Onaldo Franco Janotti.

Este último exemplifica com uma lei que determinasse a concessão anual de prêmios a funcionários que preenchessem determinadas condições, sem, entretanto, especificar em que consistiria a premiação. Em situação semelhante, ressalta, haveria inegavelmente discricionariedade na fixação dos prêmios, embora o pressuposto estivesse regidamente determinado e não houvesse liberdade de conceder ou não o prêmio.⁵⁵⁰

(iii) da *finalidade* da norma.

⁵⁴⁷ Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 3, n. 12, p. 112.

⁵⁴⁸ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 19.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, pp. 112-3.

⁵⁵⁰ Cf. GROTTI, Dinorá. *Ibid.*, p. 113).

Igualmente neste campo normativo se apresentam os conceitos jurídicos indeterminados.

É que a finalidade aponta para valores, e as palavras (que nada mais são além de rótulos que recobrem as realidades pensadas, ou seja, vozes designativas de conceitos) ao se reportarem a um conceito de valor, como ocorre na finalidade, estão se reportando a conceitos plurissignificativos (isto é, conceitos vagos, imprecisos, também chamados de fluidos ou indeterminados) e não unissignificativos.⁵⁵¹

4.3.2. Colocação do problema

Para a análise que se pretende fazer, será enfocada a discricionariedade em relação ao comando normativo. Trata-se do campo que veicula um comportamento administrativo, no sentido de prescrever tal ou qual atuação.

É preciso deixar claro. Não se está questionando, observado o pressuposto de descumprimento de obrigação pública pelo particular, se a Administração possui uma margem de liberdade para decidir se atua ou não.

Subjaz à idéia de função administrativa a de dever. Com efeito, a função representa “a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica”.⁵⁵² De tal modo que, caracterizada a recalcitrância do particular, impositiva a atuação da Administração. Sob tal perspectiva (quanto ao *an*), existe uma verdadeira vinculação.

Incabível desconhecer, contudo, que a escolha do momento para atuar (*quid*) representa, regra geral, o manuseio de uma competência discricionária. A aferição da ocasião mais adequada para operar envolve uma multiplicidade de fatores, impossível de serem dispostas normativamente, de tal modo que o seu exercício se dá ao nível da atuação administrativa, ou seja, no caso concreto. Do mesmo modo em relação aos meios de atuação (*quomodo*), que admitem igualmente atuação discricionária, a depender da disciplina normativa e das circunstâncias do caso concreto.

Uma das maiores problemáticas gira em torno de outro aspecto, estreitado com o meio executório de atuação. Ou seja, a Administração detém liberdade para eleger a via a ser tomada (judicial ou administrativa)? É a abordagem do próximo tópico.

⁵⁵¹ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 19.

⁵⁵² *Ibid.*, p. 26

4.3.3. Escolha da via executória administrativa ou judicial

A doutrina tergiversa sobre tal aspecto. Para alguns autores, trata-se de uma faculdade posta à disposição da Administração, de modo que ao agente se apresenta uma verdadeira discricionariedade.

É a compreensão de Hely Lopes Meirelles, baseada em entendimento jurisprudencial: “no exercício regular da autotutela administrativa, pode a Administração executar diretamente os atos emanados de seu poder de polícia sem utilizar-se da via cominatória, que é posta à sua disposição em caráter facultativo”.⁵⁵³ Afirma o autor que o disposto nos artigos 287 (ação cominatória) e 934 (nunciação de obra nova) não impede o exercício auto-executório da função administrativa, vez que as vias judiciais consistem em “simples faculdade”, podendo o Poder Público manuseá-las “se assim o desejar”.⁵⁵⁴ Foi o que já decidiu o Supremo Tribunal Federal, com base nas lições de referido autor (RF 124/438).

No mesmo sentido aponta Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que aponta a autotutela dos atos administrativos como uma “faculdade”.⁵⁵⁵ Aliás, parece ser esta a inteligência de Tomás de Vilanova Monteiro Lopes, a quem “não fica a Administração obrigada a tomar a decisão executória; tomá-la-á se a considerar oportuna ou conveniente, usando do seu poder discricionário”.⁵⁵⁶ Saliente o jurista que o “julgamento da conveniência ou oportunidade do meio a empregar” é atribuição “soberana” da Administração.⁵⁵⁷

Na doutrina estrangeira, mais precisamente em Portugal, assinala Carla Amado Gomes (baseada na redação do artigo 149.º, 2, do CPA, que utiliza o verbo poder) que “a Administração pode até nem desenvolver por si o procedimento executivo, preferindo a via jurisdicional”,⁵⁵⁸ de acordo com a “margem de liberdade” que detém, “pondo em equação os interesses públicos e privados envolvidos, pelo recurso aos seus próprios meios, ou pela via jurisdicional”.⁵⁵⁹ A despeito desta posição, ressalta a autora portuguesa que diversa seria a solução “no caso de a execução prévia estar dependente de específica previsão da lei”.⁵⁶⁰ Aponta, com base nas lições de Rui Machete, que uma tal configuração normativa preconiza

⁵⁵³ *Direito administrativo brasileiro*, p. 139.

⁵⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵⁵ *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 616.

⁵⁵⁶ “A execução forçada do ato administrativo unilateral”. *Revista de direito administrativo*, p. 606.

⁵⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁵⁸ *Contributo para o estudo das operações materiais da administração pública e do seu controlo jurisdicional*, p. 155.

⁵⁵⁹ *Ibid.*

⁵⁶⁰ *Ibid.*, p. 155.

via única para a execução dos atos, a administrativa, sob pena de indesejável conflito de atribuições.⁵⁶¹

Não se pode deixar de fazer referência a leis que expressamente facultam o exercício da autoexecutoriedade, a exemplo do Código de Águas (Decreto n. 24.643/1934), que, após estabelecer a competência executória em seu artigo 58,⁵⁶² assim dispõe no dispositivo seguinte: “se julgar conveniente recorrer ao juízo, a administração pode fazê-lo tanto no juízo petitorio como no juízo possessório”.

Por outro lado, verificam-se entendimentos que conferem caráter vinculado à autoexecutoriedade, de sorte que, observados os requisitos para o seu exercício, restaria impossibilitado o recurso às vias judiciais.

Diogo Figueiredo Moreira Neto se manifesta de maneira incisiva a respeito:

(...) o emprego da *executoriedade*, como um instrumento destinado a *tornar efetiva* a ação administrativa pública, não deve ser considerada como uma faculdade da Administração, de que possa ele valer ou não, a seu talante, mas de um *poder-dever*, de caráter mandatário, sempre que presentes seus pressupostos legais de atuação. Com efeito, dar plena execução a seus atos, sem prévio acerto (ou consulta) ao Judiciário, não é uma escolha que lhe caiba, pois não é função do juiz exercer consultoria administrativa.⁵⁶³

Para Mercedes Lafuentes Benaches, diante do caráter irrenunciável da competência executória, a Administração não pode abdicar de uma potestade que o ordenamento jurídico lhe reconheceu para dar adequada satisfação ao interesse público.⁵⁶⁴

Toma-se como acertada esta segunda posição. Com efeito, deve-se compreender a potestade de autoexecução como uma atribuição irrenunciável, vez que exercitável com o propósito de consecução do interesse público. Prescindir dela representa afastar o mecanismo legal de atuação administrativa, com sobreposição indevida de instâncias estatais, a administrativa e a judicial.

É o que reconhecem diversos julgados, que, acertadamente, têm imputado um caráter vinculado à competência executória, de modo a afastar, por carência de ação, a pretensão

⁵⁶¹ *Ibid.*, nota 385.

⁵⁶² “A administração pública respectiva, por sua própria força e autoridade, poderá repor incontinentemente no seu antigo estado, as águas públicas, bem como o seu leito e margem, ocupados por particulares, ou mesmo pelos Estados ou municípios”.

⁵⁶³ *Curso de direito administrativo*, p. 144 (itálicos no original). Assinala o autor que o recurso ao Judiciário pelas Administrações, fruto de algum “receio” ou mesmo de “ignorância”, encontra-se impedida processualmente, “por lhes faltar legitimidade *ad causam*”.

⁵⁶⁴ *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la administración pública: Fundamento constitucional e régimen jurídico*, p. 76.

judicial de implementação de atos administrativos descumpridos pelos particulares. Diferentemente de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que aponta a configuração de uma ilegitimidade “ad causam” da Administração, acredita-se que ausente o interesse de agir, mais precisamente o seu elemento necessidade.⁵⁶⁵

É o que já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, como se verifica pela seguinte ementa:

Processual civil – medida cautelar inominada – extinção do processo sem julgamento do mérito – falta de interesse processual – art. 267, VI, do CPC – tutela buscada pela Administração Pública via Poder Judiciário que pode ser dispensada – ato de fechamento de estabelecimento comercial que pode ser realizado pela própria Administração, no exercício do seu poder de polícia – incidência do princípio da auto-executoriedade. (Apelação cível n. 236.348.5/2, 7ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Coimbra Schmidt, j. em 05/02/07).

No mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça:

A Administração Pública, pela qualidade do ato administrativo que a permite compelir materialmente o administrado ao seu cumprimento, carece de interesse de procurar as vias judiciais para fazer valer sua vontade, pois pode por seus próprios meios providenciar o fechamento de estabelecimento irregular. (REsp n. 696.993, 2ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, DJ 19/12/2002).

Ressalte-se, no entanto, a depender das particularidades do caso concreto, que a Administração pode se socorrer do Poder Judiciário em determinadas situações. Assim, por exemplo, na hipótese de esgotamento das medidas administrativas. Ora, se o Poder Público, no exercício da competência executória, já tomou todas as medidas visando ao cumprimento da obrigação pública, não logrando êxito a tanto, razoável que apele ao Judiciário.

Destarte, toma-se como acertado o seguinte julgado do Tribunal paulista:

Resta claro, portanto, que esgotadas todas as medidas de polícia, disponíveis à administração, para fazer com que a ré observe as limitações administrativas, a prestação jurisdicional se mostra necessária e útil. Não se trata de desconsiderar a auto-executoriedade dos atos administrativos mas de reconhecer que os meios empregados pela administração são insuficientes, que na verdade ela não dispõe de meios para eficazmente obstar a atividade irregular. Daí a necessidade da prestação jurisdicional. (Apelação cível n.

⁵⁶⁵ Considera-se a necessidade como a “impossibilidade de obter a satisfação do alegado direito sem a intercessão do Estado – ou porque a parte contrária se nega a satisfazê-lo, **sendo vedado ao autor o uso da autotutela**, ou porque a própria lei exige que determinados direitos só possam ser exercidos mediante prévia declaração judicial” (Antônio Carlos de ARAÚJO CINTRA; Ada Pellegrini GRINOVER e Cândido Rangel DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*, p. 260 – negrito nosso).

106.067.5/6, 8ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Antonio Villen, j. em 23/05/01).

Além disto, algumas situações peculiares merecem breves considerações.

(i) No tocante às normas que expressamente impõem facultatividade à competência executória, permitindo igualmente o manuseio à via judicial, acredita-se que persiste o caráter vinculado da execução administrativa.

Nesta hipótese, percebe-se que se apresenta como muito evidente a similitude entre a função administrativa e a judicial. Tanto em um caso quanto no outro o princípio da consecução do interesse público restaria atingido.⁵⁶⁶ Finalisticamente, o comando normativo encerrado no ato estaria cumprido, independentemente do meio tomado para a sua implementação.

No entanto, entre a execução administrativa e a judicial, soma-se àquela o princípio da eficiência, baseado em um ideal de qualificação funcional, envolvendo aspectos de efetividade, racionalização, celeridade, dentre outros.

Como visto no capítulo anterior, a noção de efetividade da função administrativa representa um parâmetro de atuação estatal que confere destaque à satisfatoriedade dos resultados. Já as idéias de racionalidade e de celeridade encarecem a racionalidade no uso dos meios. Trata-se, com efeito, de duas fundamentais dimensões do princípio da eficiência, como vislumbrado por Paulo Modesto.⁵⁶⁷

Ora, a conjugação de tais critérios leva à inexorável conclusão de que cabe à própria Administração impor o cumprimento dos atos administrativos que cominam obrigações públicas aos particulares.

Assim, muito embora não se considere o princípio da eficiência como o principal fundamento da autoexecutoriedade, trata-se de uma relevante ferramenta hermenêutica que reforça a necessidade do efetivo exercício da competência executória, mesmo nos casos em que a norma faculta à Administração o socorro às vias judiciais.

⁵⁶⁶ Sobre o princípio da finalidade pública, ensina Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO: “O que explica, justifica e confere sentido a uma norma é precisamente a finalidade que a anima. A partir dela é que se compreende a racionalidade que lhe presidiu a edição. Logo, é na finalidade da lei que reside o critério norteador de sua correta aplicação, pois é em nome de um dado objetivo que se confere competência aos agentes da Administração” (*Curso de direito administrativo*, p. 106).

⁵⁶⁷ “Notas para um debate sobre o princípio da eficiência” in: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 31, p. 54.

(ii) Ressalte-se que, embora incomum, a norma pode exigir uma ratificação judicial da medida administrativa autoexecutória. É o que preconiza, por exemplo, o artigo 29, §4º, do Decreto-lei n.º 891, de 25 de novembro de 1938 (norma que rege a fiscalização de entorpecentes). De acordo com o dispositivo, a Administração pode internar o toxicômano em estabelecimento adequado, devendo posteriormente instaurar o processo judicial.⁵⁶⁸

⁵⁶⁸ “§ 4º Nos casos urgentes poderá ser feita pela polícia a prévia e imediata internação fundada no laudo do exame, embora sumário, efetuado por dois médicos idôneos, instaurando-se, a seguir, o processo judicial, na forma do § 1 deste artigo, dentro do prazo máximo de cinco dias, contados a partir da internação”.

CAPÍTULO 5. LIMITES

5.1. Introdução

Tão relevante quanto a justificativa ao exercício da autoexecutoriedade são os seus limites. O Direito Administrativo se baseia na compreensão de que os interesses públicos não podem ser livremente dispostos pela Administração, na medida em que ela se encontra sujeita a determinadas balizas impostas pelo ordenamento jurídico. Representa um dos fundamentos do regime jurídico administrativo o princípio da indisponibilidade do interesse público pela Administração, a partir do qual se impõe ao Poder Público determinadas sujeições.

É de ampla divulgação e conhecimento que o Direito Administrativo representa uma ordem defensiva do cidadão, consubstanciada no estabelecimento de contornos à atuação do Poder Público. Assim,

o Direito Administrativo não é um Direito criado para subjugar os interesses ou os direitos dos cidadãos aos do Estado. É, pelo contrário, um Direito que surge exatamente para regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, dentre desse espírito protetor do cidadão contra descomedimentos dos detentores do exercício do Poder estatal.⁵⁶⁹

O próprio surgimento deste ramo do Direito é atribuído a tal perspectiva. Com efeito, como já vislumbrado, “o Direito Administrativo nasceu com o Estado de Direito, porque o Direito regula o comportamento da Administração”.⁵⁷⁰

Tal contextualização permite verificar que a principal sujeição da Administração é a submissão à lei. Trata-se do princípio da legalidade, que “explicita a subordinação da atividade administrativa à lei e surge como decorrência natural da indisponibilidade do interesse público”.⁵⁷¹

Este princípio foi amplamente analisado no capítulo precedente, a propósito dos fundamentos da autoexecutoriedade, bem como das hipóteses de cabimento. Verificou-se à

⁵⁶⁹ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso direito administrativo*, p. 47

⁵⁷⁰ *Ibid*

⁵⁷¹ *Ibid.*, p. 76).

saciedade que o exercício da competência executória não pode ser exercido, como regra geral, à margem de uma autorização legal.

Assim, pode-se afirmar que a legalidade representa, de maneira concomitante, o fundamento e o limite do atributo ora em estudo. A faceta referente ao seu limite encontra-se na formulação segundo a qual a Administração não pode exercer determinada competência na hipótese de silêncio legal. Já o enfoque que destaca o seu fundamento está adstrito à vinculação positiva do Poder Público à legalidade, de tal maneira que este somente pode fazer o que a lei determina ou permite.⁵⁷²

No entanto, para além da legalidade, outros limites se apresentam em relação ao exercício da competência executória, funcionando, muitas vezes, como verdadeiros requisitos ao seu manuseio.

5.2. Devido Processo Legal

5.2.1. Noções gerais

O princípio do devido processo legal mereceu expressa previsão na Constituição Federal, como se pode depreender de seu art. 5º, inciso LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

A cláusula remonta ao direito inglês, mais precisamente com a “Magna Carta” (1215), cuja relevância deveu-se à pioneira limitação formal do poder real. Tornar-se-iam invioláveis os direitos à vida, à liberdade e à propriedade, apenas suprimíveis por meio da “lei da terra” (*law of the land*), progressivamente assimilada pela noção de devido processo legal.

A indeterminação do princípio é notória, de tal maneira que a aferição de seu conteúdo tem sofrido as mais diversas considerações. No âmbito dos países integrantes da *common law*, sistema em que se verificou o nascimento e o desenvolvimento do preceito, “há quem considere o *due process of law* ‘intraduzível e indefinível’, e mesmo o Juiz da Corte Suprema

⁵⁷² Daí a afirmação de Carmem Lúcia Antunes ROCHA, de que “o Direito legitimamente posto à observância de todos, inclusive e principalmente do Estado, passou de condição e limite para fundamento e conteúdo validador do comportamento administrativo público”. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, p. 70.

[norte-americana] Felix Frankfurter afirmou que a cláusula ‘não pode ser aprisionada dentro dos limites traiçoeiros de nenhuma ‘fórmula’’.⁵⁷³

No direito brasileiro, a ambiguidade da expressão pode ser percebida pelos múltiplos aspectos a ela conferidos, sobretudo, pela doutrina nacional. Colhem-se lições que assimilam o devido processo legal à isonomia. Igualmente cabível a sua compreensão à luz do direito de defesa do particular, ora abarcando uma feição mais limitada (restrita à exigência do duplo grau de jurisdição), ora abrangendo uma conotação mais ampla (representada por uma série de garantias processuais). Igualmente é-lhe atribuída uma relação intrínseca como a razoabilidade e a proporcionalidade, parâmetro condutor do exercício da função estatal.⁵⁷⁴

De qualquer forma, independentemente da ótica adotada, relevante perceber uma nota comum entre as diversas percepções, o que confere um caráter de imprescindibilidade da noção em comento no tocante à adequada compreensão do Estado Democrático de Direito. Este traço ordinário é a configuração do devido processo legal como uma proteção dos particulares diante da ação estatal.

Assim, desde o momento de sua concepção, o devido processo legal estava “fadado a tornar-se a suprema garantia das liberdades fundamentais do indivíduo e da coletividade em face do Poder Público”.⁵⁷⁵

Salienta Carlos Ari Sundfeld, sobre os contornos da tal garantia:

O devido processo legal é garantia dos particulares frente ao Estado. Garantia ao mesmo tempo *passiva*, isto é, dirigida à pessoa enquanto sofre o poder estatal, e *ativa*, destinada a propiciar o acionamento da máquina estatal pelos membros da sociedade e a obtenção de decisões.⁵⁷⁶

Outro aspecto de tomo é o desdobramento que comumente se procede em relação ao devido processo legal.

Assim, foi apresentado inicialmente o aspecto processual do postulado (“procedural due process of law”), por meio do qual a Administração, sempre que intervir na esfera jurídica dos particulares, deve necessariamente proceder à instauração de um processo. Evidentemente, a garantia não se esgota no formal processamento de autos. Ela vai além,

⁵⁷³ Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo*, p. 210. Este autor traça, de maneira muito completa, a evolução história do devido processo legal no direito anglo-saxão, bem como analisa com propriedade o significado do postulado em diversos países (*Ibid.*, pp. 201-237).

⁵⁷⁴ *Ibid.*, pp. 237-256).

⁵⁷⁵ Carlos Roberto Siqueira CASTRO. *O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*, p. 5).

⁵⁷⁶ *Fundamentos de Direito Público*, p. 174 (itálico nosso).

sendo concretizada pelo oferecimento de efetivas condições de que o interessado participe da formação da vontade estatal, por meio do conhecimento das decisões expedidas, pela possibilidade de impugná-las ou de apresentar provas, dentre outros desdobramentos. Daí a íntima relação entre o devido processo legal e o princípio do contraditório e da ampla defesa.

A construção teórica inicial do “due process of law” abarcava apenas a sua faceta procesual. É o que leciona Carlos Roberto Siqueira Castro. “Concebida, de início, como um requisito de validade da jurisdição penal, estendeu-se, em seguida, à jurisdição civil e, mais recentemente, aos procedimentos administrativos instaurados no âmbito da Administração Pública”.⁵⁷⁷ Em um primeiro momento, portanto, sua compreensão se restringia a um “princípio assecuratório da regularidade do processo, a ser observado nas várias instâncias judiciais”.⁵⁷⁸

Posteriormente, observou-se nos Estados Unidos que o devido processo legal ampliou o seu âmbito de incidência, servindo como “controlador do próprio conteúdo das decisões adotadas pela Administração Pública”. Inaugurava-se o denominado aspecto substancial ou material do devido processo legal (“substantive due process of law”).

De acordo com Dinorá Grotti, o devido processo legal deixou

de ser mera garantia processual, para transformar-se, ao lado do princípio da igualdade, no mais importante instrumento jurídico protetor das liberdades públicas, transmutando-se num princípio garantidor das realizações da justiça, capaz de condicionar, no mérito, a validade das leis e da generalidade das ações do Poder Público.⁵⁷⁹

A interferência da cláusula, sob esta ótica material, leva em consideração tanto os atos expedidos pela função legislativa quanto os praticados no exercício da função administrativa. Desta feita, com base nos parâmetros de justiça, de razoabilidade e de proporcionalidade, passou-se ao controle da ação arbitrária do Estado, em uma clara proteção substantiva dos direitos fundamentais.

A relação entre devido processo legal material e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade foi enfatizada por Carlos Roberto Siqueira e Casto,⁵⁸⁰ recebendo ampla aceitação pela doutrina e jurisprudência nacionais.⁵⁸¹

⁵⁷⁷ *O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*, p. 29.

⁵⁷⁸ *Ibid.*

⁵⁷⁹ *Ibid.*, 35.

⁵⁸⁰ *Ibid.*, *passim*.

⁵⁸¹ Cf. José Roberto Pimenta OLIVEIRA. *Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*, p. 220-1. Salienta o autor, com base em ampla pesquisa bibliográfica, que o “princípio

De acordo com Egon Bockmann Moreira, ambos os aspectos (o processual e o substantivo) são acolhidos pelo Direito Brasileiro, na medida em que:

a compreensão genérica do *due process of law* assim o impõe; (b) a evolução histórica da cláusula não permite a exclusão de uma das espécies de proteção com fundamento exclusivo na dicção genérica da garantia; (c) não foi feita a diferenciação no corpo do texto constitucional, o que vedaria ao intérprete estabelecê-la *sponte propria*; e (d) o princípio da máxima eficácia proíbe a interpretação restritiva de normas constitucionais que estabelecem direitos e garantias.⁵⁸²

Estes, portanto, os aspectos gerais do princípio.

5.2.2. Devido processo legal e autoexecutoriedade

O devido processo legal não representa cláusula que repele o atributo da autoexecutoriedade do ato administrativo. Juridicamente aceitável a coexistência entre as noções, da mesma forma que se admite, no âmbito do regime jurídico administrativo, a concomitância entre o princípio da supremacia e o princípio da indisponibilidade. O Direito Administrativo é impregnado pela relação dialética entre autoridade e liberdade, entre prerrogativas e sujeições.

Assim, o devido processo legal constitui princípio que conforma a execução administrativa, ajustando-a a preceitos limitadores da atuação estatal, tanto sob a ótica processual quanto substancial.

Neste sentido coloca-se Egon Bockmann Moreira, que assim se manifesta:

Note-se que jamais se defenderia a retirada da presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e auto-executoriedade dos atos administrativos (ou eventual ‘condição suspensiva’ à sua concretização). Permanecem tais atributos, como condição de sobrevivência Administrativa no cumprimento do interesse público posto à sua guarda. Sustenta-se que os particulares sempre deterão título jurídico para impugnar administrativamente os atos que atentem contra sua liberdade ou bens.⁵⁸³

da adequada ponderação axiológica (tratado como princípio da razoabilidade e/ou da proporcionalidade)” encontra fundamento na cláusula do devido processo legal, “ora caráter de fonte exclusiva, ora com caráter de fonte complementar a outros mandamentos constitucionais”.

⁵⁸² *Processo Administrativo*, p. 261.

⁵⁸³ *Ibid.*, p. 262.

Desta forma, não se concorda com o entendimento explanado por Carlos Ari Sundfeld, para quem a cláusula constitucional do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV) encerra a idéia de que “o processo seja judicial”.⁵⁸⁴ Salienta que a expressão “processo legal” estampado no dispositivo “deve ser entendido como o desenvolvido perante o juiz competente e cercado das garantias inerentes ao contraditório e à ampla defesa”.⁵⁸⁵

O autor parte da distinção entre o regime dos condicionamentos e dos sacrifícios de direitos, para imputar, em relação a este, a necessidade de intervenção do Poder Judiciário. “A ordenação administrativa da vida privada encontra, destarte, substancial limitação: os sacrifícios de direitos não podem ser impostos pela Administração, mas apenas pelo Juiz”.⁵⁸⁶ Mais especificamente, no tocante à autoexecutoriedade, salienta:

Entre nós, além de a autotutela configurar exceção, dependendo de previsão legal, não pode ir a ponto de usurpar competências exclusivas da Jurisdição, quais sejam: a de dizer o Direito, em última instância (CF, art. 5º, XXXV) e a de privar os indivíduos de sua liberdade física ou de sua propriedade (CF, art. 5º, LIV).⁵⁸⁷

A discordância refere-se ao completo afastamento de mencionado dispositivo constitucional (art. 5º, LIV) quanto à atuação executória administrativa. Entende-se que o devido processo legal estampado neste preceito não se restringe ao processo judicial, na medida em que igualmente abarca a atuação administrativa de privação da liberdade e da propriedade individual. Do contrário, restariam desprovidas de qualquer legitimidade as interdições realizadas pela Administração em relação aos estabelecimentos irregulares, os embargos de obras construídas à revelia da lei, as apreensões de mercadorias deterioradas, dentre outras medidas administrativas autoexecutórias.

Por outro lado, não se pode deixar de reconhecer que a imposição dos sacrifícios de direito está efetivamente subordinada à intervenção judicial, como se pode perceber pelo regime da desapropriação e da servidão administrativa.⁵⁸⁸

⁵⁸⁴ *Direito administrativo ordenador*, p. 106.

⁵⁸⁵ *Ibid.*, pp. 105-6.

⁵⁸⁶ *Ibid.*, p. 106.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, p. 107.

⁵⁸⁸ Deixa-se de analisar o tema do tombamento, sobre o qual pende acirrada polêmica doutrinária. Alguns autores entendem que esta modalidade de intervenção representa verdadeiro sacrifício de direito, motivo pelo qual a sua imposição depende de autorização judicial (por todos, cite-se Carlos Ari Sundfeld, *Direito Administrativo Ordenador*, p. 108 e 114).

A propósito, a discussão que gira em torno da desapropriação indireta merece expressa referência no presente trabalho, pela evidente repercussão sobre o tema da autoexecutoriedade.

5.2.2.1. Desapropriação indireta

Compreende-se a desapropriação indireta como o apossamento abusivo e irregular cometido pela Administração a bem de terceiro, pela inobservância do regular processo de expropriação. Trata-se de verdadeiro esbulho praticado pelo Poder Público,⁵⁸⁹ em flagrante ofensa ao direito de propriedade do particular. De acordo com José Carlos de Moraes Salles, “desapropriação indireta é uma expropriação que se realiza às avessas, sem observância do devido processo legal”.⁵⁹⁰

Observe-se a peculiaridade da situação. O Poder Público, de maneira autoexecutória, sem atendimento às normas disciplinadoras da expropriação, procede à ocupação de coisa de outrem. Prescinde-se da concordância do particular sobre o qual recai a intervenção irregular (a medida é dotada de aparente imperatividade, portanto), bem como da autorização do Poder Judiciário (presente a autoexecutoriedade).

A consequência apontada, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência prevalecentes, é no sentido de que, conferida uma destinação pública ao bem apossado, incabível ao particular retomar a posse, restando-lhe apenas exercer a pretensão indenizatória.

Assim,

se o proprietário não o impedir no momento oportuno, deixando que a Administração lhe dê uma destinação pública, não mais poderá reivindicar o imóvel, pois os bens expropriados, uma vez incorporados ao patrimônio público, não podem ser objeto de reivindicação.⁵⁹¹

O argumento que se apresenta para justificar a impossibilidade de o particular tornar sem efeito a ocupação ilícita da Administração, reavendo a posse sobre a coisa, é o art. 35 do Decreto-lei 3.365/41, que assim dispõe: “Os bens expropriados, uma vez incorporados à

⁵⁸⁹ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 184).

⁵⁹⁰ *A Desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*, p. 743.

⁵⁹¹ *Ibid.* No mesmo sentido encontra-se Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO: verificada o apossamento abusivo pelo Poder Público, “cabe ao lesado recurso às vias judiciais para ser plenamente indenizado, do mesmo modo que o seria caso o Estado houvesse procedido regularmente” (*Curso de direito administrativo*, p. 882).

Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos”. Este dispositivo encerra o chamado princípio da intangibilidade da obra pública.⁵⁹²

A despeito deste entendimento, predominante no cenário jurídico nacional, não se pode deixar de manifestar descontentamento com a solução tradicionalmente proposta, flagrantemente inconstitucional. Dentre os aspectos que serão considerados, destaca-se a usurpação de competência judicial para impor a desapropriação, não se prestando a tanto uma medida autoexecutória da Administração, verdadeira via de fato.

A Lei de Desapropriação (Decreto-lei 3.365/41) prevê duas formas para o processamento da expropriação. Aquela que se efetiva com a concordância do particular (desapropriação amigável) ou, em caso de renitência deste, por meio de uma ação proposta perante o judiciário (desapropriação judicial). É o que prevê o art. 10 do DL 3.365/41.

Aliás, extrai-se da própria Constituição a necessidade de, infrutífero o acordo, ajuizar ação judicial. Salienta Carlos Ari Sunfeld, com base no art. 184, §3º, da Constituição, que a desapropriação exige processo judicial.

O preceito está encartado em artigo dirigido às desapropriações para reforma agrária, mas ninguém sustentaria que apenas estas exigem processo judicial. Seria um contra-senso, realmente, reconhecer ao proprietário-infrator (por descumprimento da função social) o direito ao processo judicial e negá-lo a quem não deu causa à expropriação.⁵⁹³

No tocante à imissão provisória da Administração na posse do bem objeto da expropriação, a solução legislativa é a mesma, ou seja, imprescindível uma autorização judicial, *ex vi* do art. 15 de referida norma.

Tal exigência inviabiliza, por si só, a possibilidade da expropriação autoexecutória, na medida em que a Constituição e a lei garantem expressamente a intervenção do Poder Judiciário.

Dáí Carlos Ayres Britto e Sérgio Monte Alegre afirmarem, em estudo pioneiro acerca da inadmissibilidade da desapropriação indireta no Brasil, que a “complacência doutrinário-jurisprudencial” referente à admissão de tal figura apresenta, dentre outras, as seguintes incompatibilidades: “desfigura-se a expropriação como procedimento de curso eminentemente jurisdicional, para convertê-lo indevidamente em expressão da auto-

⁵⁹² José Carlos de Moraes SALLES, *A desapropriação: à luz da doutrina e da jurisprudência* p. 744.

⁵⁹³ Carlos Ari SUNDFELD, *Direito administrativo ordenador*, p. 105).

executoriedade administrativa”; “usurpa-se competência exclusiva do Poder Judiciário, que é a de autorizar o órgão expropriante a imitar-se, provisoriamente, na posse do bem de domínio alheio e a de expedir o título com base no qual se fará a transcrição”.⁵⁹⁴

Mas não é só. A par disto, igualmente é afrontada a estipulação de que a indenização decorrente de uma expropriação deve ser prévia (art. 5º, XXIV, CF). Afinal, se resta ao expropriado o ajuizamento de uma ação indenizatória (conhecida como ação de desapropriação indireta) após a configuração do esbulho administrativo, patente que o ressarcimento passa a assumir a condição de ulterior.

Ora, se a lei exige, mesmo para a imissão provisória na posse, o depósito de quantia fixada judicialmente (nos termos do art. 15, §1º, DL 3.365/41), incabível aceitar que o apossamento abusivo do Poder Público se preste a burlar tal requisito. Admitir a legitimidade de tal situação é corroborar a ideia, anacrônica, segundo a qual os benefícios à Administração decorrentes de um apossamento irregular são maiores do que os observados no âmbito de uma desapropriação regular.

O próprio direito de propriedade, constitucionalmente garantido (art. 5º, XXII), afasta a legitimidade da expropriação indireta. Como salientado, “a Lei Maior sentou praça de um propósito radical, que foi a de acobertar a propriedade particular contra as arremetidas do poder público”.⁵⁹⁵ Cite-se igualmente o art. 5º, inciso LIV, que assegura, em caso de privação da propriedade, o devido processo legal.

Notar, desta feita, uma multiplicidade de transgressões constitucionais, suficientes, todas elas, a afastar qualquer possibilidade de convalidação advinda do esbulho administrativo. Entende-se como insustentável o entendimento ainda predominante acerca da desapropriação indireta. Sobre ela, assim se manifesta Marçal Justen Filho:

Lamentavelmente, reputa-se que o apossamento fático pelo Estado de um bem acarreta sua integração no domínio público, tese fundada no art. 35 do Decreto-lei 3.365/41 e em outras disposições pretéritas. Essa concepção tem de ser repudiada em vista da Constituição: se a desapropriação depende da prévia e justa indenização em dinheiro, a ser fixada judicialmente, não há fundamento jurídico mínimo para afirmar a aquisição do domínio por parte do Estado mediante um ato de força, incompatível com a ordem jurídica. É evidente que, em face da Constituição, cabe a reivindicação de bens indevidamente apossados pelo Estado. Aliás, cabe também a punição civil,

⁵⁹⁴ *Desapropriação indireta – Inconstitucionalidade*. In: *Revista de Direito Público*, n. 74, 1985, p. 256.

⁵⁹⁵ Cf. Carlos AYRES BRITTO e Sérgio MONTE ALEGRE, “Desapropriação: o artigo 7º do Decreto-lei 3.365/41 e a inviolabilidade do domicílio”. *Revista Trimestral de Direito Público*, p. 244.

administrativa e penal para o agente público que ousou ignorar a Constituição.⁵⁹⁶

Explica-se o predomínio de um entendimento antidemocrático, de acordo com Carlos Ayres Britto e Sérgio Monte Alegre, como “fruto da mentalidade predominante em uma época de reconhecido desprezo aos direitos fundamentais da pessoa humana, como o período de nascimento do Dec.-lei 3.365 e que, renitentemente, projeta suas influências cesaristas sobre a corrente dos fatos atuais”.⁵⁹⁷

Para tais autores, a legítima solução diante do esbulho administrativo é a sua invalidação judicial. Trata-se de figura “nula de pleno direito”, que “inadmite convalidação, devendo a nulidade ser declarada pelo Judiciário, à instância do interessado, com a reposição das coisas no estado anterior em que se encontravam!”.⁵⁹⁸

Trata-se de posição que se acolhe, vez que mais consentânea com os preceitos constitucionais.

5.2.3. Princípio do contraditório e da ampla defesa

Corolário da cláusula do devido processo legal, o princípio do contraditório e da ampla defesa sofre previsão específica na Constituição Federal. Preconiza o art. 5º, inciso LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, como os meios e recursos a ela inerentes”.

Seu conteúdo é amplo, abrangendo a obrigatoriedade de cientificar o particular da existência de um processo, a necessidade de “assegurar o acesso aos autos, a possibilidade de apresentar razões e documentos, de produzir provas testemunhais ou periciais, se necessário, e, ao final, de conhecer os fundamentos e a motivação da decisão proferida”.⁵⁹⁹

Tal princípio encontra aplicação específica em relação à autoexecutoriedade, dele decorrendo relevante requisito para o exercício do atributo (como será analisado em tópico posterior).

⁵⁹⁶ *Curso de direito administrativo*, pp. 528-9.

⁵⁹⁷ Desapropriação: o artigo 7º do Decreto-lei 3.365/41 e a inviolabilidade do domicílio”. *Revista Trimestral de Direito Público*, p. 249.

⁵⁹⁸ *Ibid.*, p. 253.

⁵⁹⁹ Sérgio FERRAZ e Adilson DALLARI, *Processo Administrativo*, p. 90.

5.2.4. Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade

Inquestionável a envergadura que atualmente assumem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sobretudo em relação aos parâmetros para verificação da legitimidade da atuação estatal. Dentre as diversas dificuldades que o tema apresenta, algumas merecem ligeira abordagem.

Em primeiro lugar, convém assinalar que a distinção entre proporcionalidade e razoabilidade é objeto de defesa por diversos autores, que se valem de vários critérios para tanto. O histórico suscita que, enquanto a proporcionalidade adveio do direito europeu continental, sobretudo das construções formuladas pelo Tribunal Constitucional Alemão, a razoabilidade tem matriz na *common law*, sendo originário do direito inglês e posteriormente incorporado, e desenvolvido, no direito norte-americano.⁶⁰⁰

Outras formulações buscam distinções substanciais entre os princípios. De acordo com Humberto Ávila, a “aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim”.⁶⁰¹ Já a razoabilidade “não faz referência a uma relação de causalidade entre um meio e um fim”;⁶⁰² ao contrário, o seu conteúdo encerra o “dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade)”,⁶⁰³ bem como o “dever de harmonização do Direito com suas condições externas (dever de congruência)”.⁶⁰⁴ “Na primeira hipótese princípios constitucionais sobrejacentes impõem verticalmente determinada interpretação, pelo afastamento de motivos arbitrários”.⁶⁰⁵ “Na segunda hipótese exige-se uma correlação entre o critério distintivo utilizado pela norma e a medida por ela adotada”.⁶⁰⁶

A despeito de tais distinções, os próprios autores que as propõem enxergam pontos de contato entre os postulados. Humberto Ávila, por exemplo, considera “plausível enquadrar a proibição de excesso e a razoabilidade no exame da proporcionalidade em sentido estrito”.⁶⁰⁷ Como efeito, não se pode olvidar que existe um inegável entrelaçamento entre as noções de proporcionalidade e razoabilidade. Com salientado por Celso Antônio Bandeira de Mello, “o

⁶⁰⁰ Cf. José Roberto Pimenta OLIVEIRA, *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*, pp. 39 ss.

⁶⁰¹ *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 110.

⁶⁰² *Ibid.*

⁶⁰³ *Ibid.*

⁶⁰⁴ *Ibid.*

⁶⁰⁵ *Ibid.*

⁶⁰⁶ *Ibid.*

⁶⁰⁷ *Ibid.*, p. 111.

princípio da proporcionalidade não é senão uma faceta do princípio da razoabilidade”.⁶⁰⁸ Daí se considerar, ao menos para os limites do presente trabalho, como equivalentes.

Em segundo lugar, o fundamento ao princípio igualmente é objeto de tergiversação, haja vista a inexistência de preceito expresso na Constituição que o consagre.

Por conta da vinculação ao direito anglo-saxão, defende-se que o postulado da proporcionalidade encontra suporte no princípio do devido processo legal substantivo (art. 5º, inciso LIV, Constituição Federal).⁶⁰⁹ Outro entendimento suscita, como fundamento do preceito, o Estado de Direito, insculpido no art. 1º, “caput”, da Carta Magna. Trata-se de formulação advinda do direito alemão, acolhida entre nós por Paulo Bonavides, para quem “é mesmo no Estado de Direito que o princípio da proporcionalidade melhor se aloja e pode receber sua mais plausível e fundamental legitimação”.⁶¹⁰ De maneira específica, Celso Antônio Bandeira de Mello destaca o princípio da legalidade (art. 5º, inciso II, art. 37, “caput” e art. 84, todos da Constituição). Cite-se, ainda, a evocação dos direitos fundamentais como justificativa da proporcionalidade, como o faz Virgílio Afonso da Silva.⁶¹¹

O STF entende que o princípio da proporcionalidade decorre, principalmente, do princípio do devido processo legal substantivo. É o que se verifica do seguinte julgado da Corte Maior:

O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive *due process of law* – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. (ADI-MC, 1.407, rel Min. Celso de Mello, DJ 24.11.2000, p. 86).

Entende-se que não se pode desconsiderar qualquer dos fundamentos constitucionais suscitados pela doutrina, ainda mais se for considerada a inter-relação entre eles. A conjugação entre diversos princípios se presta, aliás, a reforçar a importância do postulado da proporcionalidade no cenário atual do direito público.

⁶⁰⁸ *Curso de direito administrativo*, p. 111. Muito embora o autor tenha tratado de maneira autônoma os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, reconhece expressamente o íntimo entrosamento entre as categorias.

⁶⁰⁹ Cf. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidad, passim*.

⁶¹⁰ *O Princípio Constitucional da Proporcionalidade e a Proteção dos Direitos Fundamentais*. Apud José Roberto Pimenta OLIVEIRA, *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*, p. 216.

⁶¹¹ *O Proporcional e o Razoável*. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 798, p. 29.

Inolvidável, pela relação com o devido processo legal substantivo, o liame com o tópico dos direitos humanos fundamentais. Constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil “a dignidade da pessoa humana” (art. 1º, inciso III, Constituição Federal), motivo pelo qual a atuação estatal não pode prescindir deste valor máximo. Assinala José Roberto Pimenta Oliveira que o “proceder administrativo é razoável e proporcional em face dos administrados é uma imposição inafastável para um Estado que tem o dever jurídico de reconhecer, respeitar, proteger e promover a dignidade humana como objetivo fundamental”.⁶¹²

Evidente a repercussão do princípio da proporcionalidade em relação ao atributo da executoriedade, mormente no tocante aos meios da execução administrativa que interfiram na liberdade e na propriedade do indivíduo.

A doutrina portuguesa evoca o princípio da humanidade da execução, estampada no art. 157º, n. 3, do Código de Procedimento Administrativo. De acordo com tal preceito,

a Administração, mesmo que tenha a possibilidade de utilizar a força contra os indivíduos, não pode utilizar meios de coação que violem direitos fundamentais ou sejam contrários ao respeito devido à pessoa humana, como seria por exemplo a tortura, ou a ameaça de utilização ilegítima de armas de fogo, etc., etc.⁶¹³

Merecem realce os critérios de aplicação do princípio da proporcionalidade. Trata-se de lição advinda do direito germânico, com ampla receptividade no direito brasileiro. Assim, a verificação de obediência ao postulado da proporcionalidade deve levar em consideração três subprincípios, de aplicação subsidiária e sucessiva, da seguinte forma:

(i) Em primeiro lugar, averigua-se a adequação (ou conformidade) da medida, ou seja, se ela é capaz de atingir a finalidade proposta. “Uma medida é adequada se o meio escolhido está apto para alcançar o resultado desejado”.⁶¹⁴

(ii) Em segundo lugar, havendo adequação, é verificado se a medida é necessária (ou exigível), considerando todas as restrições possíveis na esfera jurídica do particular. Desta forma, o subprincípio impõe que seja adotado o meio menos gravoso à disposição do Poder Público.

⁶¹² *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*, p. 222.

⁶¹³ Diogo Freitas do AMARAL (*Curso de direito administrativo*, p. 482).

⁶¹⁴ Cf. ÁVILA, Humberto. “Repensando o ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o privado’ in: *Revista Trimestral de Direito Público* n. 24, p. 169.

(iii) Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito “exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais”.⁶¹⁵

Destarte, para a aferição da legitimidade do exercício da execução coativa administrativa, deve ser levado em consideração, inicialmente, se o meio executório se presta a atingir a finalidade pública, qual seja, o cumprimento da obrigação pública. Em seguida, dentre as medidas exercitáveis pela Administração, impõe-se a menos gravosa em relação aos direitos dos indivíduos envolvidos. Para, ao final, haver a mensuração entre a importância da finalidade almejada e o grau de restrição imposto. Se, *in casu*, houver o atendimento sucessivo de tais subprincípios, deve-se inferir que a medida autoexecutória atende o princípio da proporcionalidade.

5.3. Requisitos para o exercício da autoexecutoriedade

Considerando a plena incidência do devido processo legal no âmbito do exercício da autoexecutoriedade, cabível uma investigação dos desdobramentos de tal relação, nomeadamente no tocante aos requisitos específicos que autorizam o manuseio do atributo pela Administração.

Observe-se que a doutrina nacional, de forma geral, não traça os contornos mais específicos quanto às condições para o manejo da execução administrativa. Referem-se genericamente à vinculação positiva com a lei, olvidando outras categorias pressupostas.

Basicamente, três são os requisitos: (i) existência de ato administrativo prévio; (ii) notificação do particular sobre o qual incide a obrigação pública; (iii) descumprimento da obrigação. É o que será visto a seguir, de maneira específica em relação a cada um deles.

5.3.1. Existência de ato administrativo prévio (1º REQUISITO)

Por uma questão de ordem lógica, a execução administrativa pressupõe que um comando expedido pelo Poder Público seja implementado. Ocorre que a declaração que

⁶¹⁵ Idem, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 124.

veicula a obrigação pública gira na órbita da noção de ato administrativo. Este, ao final das contas, representa a fonte imediata da competência executória.

É nesse sentido que se afirma que o ato administrativo representa um verdadeiro título executivo. Trata-se de aspecto expressamente considerado, no âmbito da doutrina pátria, por José Cretella Júnior,⁶¹⁶ bem assim por José dos Santos Carvalho Filho, para quem “o ato administrativo vale como a própria sentença do juiz, ainda que seja sujeita a controle por este”.⁶¹⁷

Como visto no capítulo primeiro, a função administrativa detém em comum com a função jurisdicional o aspecto executório. Tanto assim que, vale reiterar, alguns juristas agrupam estas funções em uma categoria mais ampla, a função executiva.

Esta proximidade entre as funções jurisdicional e administrativa permite correlacionar as noções que as instrumentalizam: a sentença judicial e o ato administrativo, respectivamente.

Tal requisito assume, para Freitas do Amaral, a estatura de verdadeiro princípio geral da execução administrativa: o “princípio do acto administrativo prévio”. Com fundamento no brocardo “nulla executio sine titulo”, afirma o autor português que “a Administração não pode realizar operações materiais e executivas, designadamente pelo uso da força, sem ser com base num acto administrativo anterior – o acto administrativo exequendo – que as legitime”.⁶¹⁸ No direito português, há norma específica exigindo tal requisito: o art. 151, nº 1, do Código de Processo Administrativo, segundo o qual “os órgãos da Administração não podem praticar nenhum acto ou operação material de que resulte limitação de direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos dos particulares, sem terem praticado previamente o acto administrativo que legitime tal actuação”.

Advirta-se que o ato administrativo prévio representa requisito também nas hipóteses de execução imediata, ou seja, nos casos em que a situação de urgência impõe a pronta atuação da execução administrativa. A respeito, observa Carlos Ari Sundfeld:

A execução é sempre de um ato administrativo. Portanto, às atitudes materiais do Poder Público visando compelir o particular, deve anteceder um ato, que o advirta da pretensão administrativa. O inverso corresponderia ao prazer da violência, ao emprego do arbítrio e injustificado da força pela força, à via de fato, inadmitida no Estado de Direito. **Em situações de**

⁶¹⁶ *Do Ato Administrativo*, p. 98.

⁶¹⁷ *Manual de direito administrativo*, p. 118. Evoca o autor brasileiro as lições de García de ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ.

⁶¹⁸ *Curso de direito administrativo*, p. 482.

urgência, avessas ao formalismo dos atos escritos – que são a regra no direito administrativo – admite-se o ato verbal: a ordem para dispersão de reunião pública, por exemplo. Nunca, porém, é de aceitar a execução originária.⁶¹⁹

Como se percebe, a violação a tal requisito dá ensejo à chamada via de fato administrativa. De acordo com Cretella Júnior, valendo-se das lições de Bielsa, a via de fato administrativa representa “toda atividade material sem autorização, sem procedimento legal e toda execução irregular e grave”.⁶²⁰

Em relação ao requisito ora sob análise, alguns problemas podem ser apresentados. Em um primeiro momento, será investigada a tipologia do ato administrativo, a fim de se verificar a quais atos se pode atribuir o atributo da autoexecutoriedade. Em um segundo momento, analisar-se-á os planos que compõem a manifestação do ato administrativo (perfeição, validade e eficácia), bem como sua relação com a execução administrativa.

Desde já, convém expor a definição que se adota para o ato administrativo. Apesar de haver concepções várias, umas mais amplas, outras mais restritas, abraça-se o conceito exposto por Celso Antônio Bandeira de Mello: é a declaração unilateral do Estado, ou de quem lhe faça as vezes, no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei, a título de lhe dar cumprimento, e sempre sujeita a controle jurisdicional.⁶²¹ Trata-se de um conceito estrito de ato administrativo, com exclusão dos atos gerais e abstratos, assim também dos atos convencionais.

5.3.1.1. Tipologia

Imputado como atributo do ato administrativo, não se quer com isto significar que todo o ato que se enquadre em tal significação detém a característica de ser executado pela própria Administração. Daí ser cabível investigar a amplitude da autoexecutoriedade à luz das diversas espécies dos atos administrativos.

Em primeiro lugar, por uma questão de ordem lógica, somente os atos que impõem obrigações aos particulares podem ser objeto de execução forçada.

⁶¹⁹ *Direito administrativo ordenador*, p. 83 (nosso o negrito).

⁶²⁰ *Do Ato Administrativo*, p. 110.

⁶²¹ *Curso de direito administrativo*, pp. 381-382.

Assim, adotando-se uma tradicional classificação, pode se estabelecer uma relação entre o atributo analisado e os atos constitutivos, que são aqueles em que a Administração cria, modifica ou extingue um direito ou situação jurídica do particular. A situação constitutiva representa a imposição de uma obrigação de conduta ao administrado, podendo representar um “facere”, um “non facere” ou um “supportare”. A execução deste ônus se dá, regra geral, pela obediência voluntária do obrigado. Em caso de recalcitrância deste, imprescindível a atuação da Administração, a quem cabe, dentre outras medidas, o exercício da autoexecutoriedade.

Como salientado por Seabra Fagundes, o tema da execução administrativa pressupõe a imposição de uma obrigação pública, cuja obediência voluntária pelo particular representa a via normal. No entanto, pode não se verificar o cumprimento pelo administrado, que assume, muitas vezes, uma posição de relutância. “Quando se dá o choque entre a Administração e o indivíduo, na aferição prática dos pontos em que confinam o poder estatal de exigir e o dever individual de prestação, recusando-se o administrado a cumprir as suas obrigações públicas, torna-se preciso coagi-lo à obediência”.⁶²² Daí a necessidade da execução coativa da vontade estatal, vez que “não seria possível admitir-se que a ação realizadora do direito, confiada à Administração, ficasse sumariamente entravada pela simples oposição do indivíduo”.⁶²³

Restam excluídos, portanto, os atos declaratórios,⁶²⁴ que não necessitam de execução ou materialização por seu destinatário. “En este supuesto es suficiente la declaración de voluntad, elemento del acto, para que éste produzca consecuencias jurídicas y éstas queden ejecutadas”.⁶²⁵

Sob outra perspectiva, tomando-se como critério os resultados sobre a esfera jurídica de terceiros, os atos administrativos que impõe obrigações aos particulares podem ser inseridos na categoria dos *atos restritivos*, de acordo com a classificação adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello.⁶²⁶ Observa este autor, com grande propriedade, que o Direito Administrativo debruçou-se quase que exclusivamente sobre os atos restritivos, de modo que as categorias jurídicas criadas, a exemplo da exigibilidade e da executoriedade, giraram em

⁶²² Seabra FAGUNDES, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 261.

⁶²³ *Ibid.*

⁶²⁴ A classificação é proposta por Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, que toma como critério os efeitos do ato administrativo. Curso de direito administrativo, pp. 419-20.

⁶²⁵ Cf. BENACHES, Mercedes Lafuentes. *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la administración pública: Fundamento constitucional e régimen jurídico*, p. 22.

⁶²⁶ Curso de direito administrativo, pp. 419-20.

sua órbita. Consequentemente, incabível atribuir o atributo da autoexecutoriedade em relação aos atos ampliativos, aqueles que alargam a esfera jurídica dos particulares.

Outros atos merecem análise. Pela especificidade de cada um deles, apropriada uma abordagem apartada.

a) Atos de direito privado expedidos pela Administração

Os atos regidos pelo direito civil que são emanados pela Administração não integram a definição de ato administrativo, circunscrito àqueles cujo exercício se baseia no manuseio de prerrogativas públicas, dentre as quais a autoexecutoriedade. Aliás, o próprio Direito Administrativo nasceu de um distanciamento em relação ao Direito Privado, o que se deu com a formação de um regime exorbitante do direito comum.

E o regime típico do Direito Civil é a inexistência de autotutela, tanto declarativa quanto executória. Nas relações privadas, o sujeito que se julga no direito de exigir de outrem determinado comportamento, deve buscar no Judiciário uma declaração em tal sentido. Ao reconhecimento de tal direito suceder-se-á a execução da conduta, igualmente pela via jurisdicional. Ora, quando o sujeito que estiver inserido nesta relação privada for a Administração, persiste a regra da execução judicial.

Deste modo, não se pode imputar aos atos privados expedidos pela Administração o atributo da autoexecutoriedade. É a opinião de Cassagne, para quem “en dichos supuestos (actos civiles), la Administración pública no goza de las prerrogativas que le permiten avanzar sobre la esfera del particular, una le das cuales, si acaso la principal, es la ejecutoriedad del acto administrativo”.⁶²⁷

b) Atos gerais e abstratos expedidos pela Administração

Muito embora não integrem o conceito, acima visto, de ato administrativo, convém reconhecer que os atos administrativos gerais e abstratos expedidos pela Administração são desprovidos de autoexecutoriedade.

⁶²⁷ *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la administración pública: Fundamento constitucional e régimen jurídico*, p. 83.

É o entendimento de Cassagne, para quem “no siendo entonces el reglamento un acto administrativo, no tiene su mismo régimen jurídico, careciendo en consecuencia de ejecutoriedad”.⁶²⁸ Em razão de seu caráter geral, a implementação de seu conteúdo sempre será mediada por um ato administrativo individual que, no caso concreto, estabelecerá a situação jurídica correspondente.⁶²⁹

c) Atos administrativos expedidos pelo Judiciário e pelo Legislativo

Cassagne assinala que a executoriedade representa uma faculdade necessária para que o Executivo cumpra sua função constitucional, integrando, por consta disto, uma “zona de reserva de la Administración”, de modo que representa uma “atribución propia y exclusiva del Poder Ejecutivo, no compartida con los otros órganos esenciales del Estado”.⁶³⁰

Ou seja, embora o autor argentino reconheça que os Poderes Legislativo e Judiciário exercem função administrativa, afasta de seu âmbito a possibilidade de execução coativa. Justifica, afirmando que esta prerrogativa não pode ser considerada conforme com a sistemática constitucional, “razonablemente comprendida en las funciones administrativas que por excepción desempeñan los órganos Legislativo y Judicial”.⁶³¹

Em sentido contrário aponta José Roberto Dromi, ponderando que da Constituição argentina não se pode extrair uma competência exclusiva do Executivo para o exercício da autoexecutoriedade. Na medida em que a função administrativa pode ser exercida por qualquer dos três órgãos estatais, não há como se afastar a autoexecutoriedade em relação a todos os Poderes.⁶³²

Diante da similitude das lições doutrinárias atinentes à distribuição da função administrativa pelos órgãos exercentes dos poderes estatais, não se pode deixar de dar razão à posição de Dromi.

⁶²⁸ *Ibid.*

⁶²⁹ Cf. CASSAGNE: “teniendo el mismo contenido normativo de carácter general, su aplicación o cumplimiento, respecto del particular o administrado, se llevará a cabo mediante el dictado de los actos administrativos pertinentes” (*La ejecutoriedad del Acto Administrativo*, p. 82).

⁶³⁰ *Ibid.*, p. 23.

⁶³¹ *Ibid.*

⁶³² *Acto administrativo: ejecución, suspensión y recursos*, pp. 47-8.

d) Relações interadministrativas

O ponto de partida de uma análise acerca do cabimento da autoexecutoriedade no âmbito das relações interadministrativas deve partir de uma constatação: a coexistência entre entidades diversas.⁶³³

Ocorre que tais pessoas relacionam-se em âmbitos vários. De um lado, verifica-se a convivência de entes políticos autônomos, cada qual integrante de uma unidade federativa. É o que se observa nas interações entre União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios. De outro lado, não se pode desconhecer a relação entre entidades pertencentes a uma mesma unidade política, porém inseridas em níveis administrativos distintos, como ocorre entre Administração Direta e Indireta.

Na primeira hipótese, na conjugação entre as forças dos entes políticos, merece ser destacada uma característica fundamental do princípio federativo: a autonomia de suas entidades, detentoras de auto-organização, autogoverno, autolegislação e autoadministração, da qual decorre a inexistência de uma relação de sujeição entre elas.⁶³⁴

Consequentemente resta impossibilitado, como regra geral, o exercício da autoexecutoriedade entre tais pessoas políticas. O equilíbrio que necessariamente deve haver nas relações entre tais entes, a paridade que as marca e acentua, afasta a incidência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. A inexistência de interesses exclusivamente privados nas hipóteses de atuação das pessoas administrativas, vinculados que estão à consecução do interesse público, não se coaduna com o exercício da execução forçada entre elas.

É o que esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello, que parte do pressuposto segundo o qual a autoexecutoriedade, por envolver uma potestade pública, envolve uma “desigualdade dos interesses posto em conflito”.⁶³⁵ Ocorre que entre as entidades federativas “não há relação

⁶³³ Não se está tratando, portanto, de relações interorgânicas, inseridas no bojo de uma mesma entidade. A propósito delas, convém ressaltar que não comparece a autoexecutoriedade. “Las relaciones entre órganos de una misma Administración están sometidas a distintos principios y, entre ellos, al de jerarquía, que impone a los órganos inferiores el acatamiento de las órdenes dictadas por los órganos superiores” (Mercedes Lafuentes BENACHES, *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la administración pública: Fundamento constitucional e régimen jurídico*, p. 57). De tal modo que a conjugação do poder hierárquico com a potestade disciplinar representa instrumento hábil para a efetivação dos atos entre órgãos administrativos.

⁶³⁴ Cf. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*, p. 25.

⁶³⁵ *Conflito entre União e Estado – apoderamento pela União, sem recorrer ao Judiciário, de recursos tributários que a Constituição declara pertencentes aos Estados, para saciar-se de alegados créditos – Inviabilidade*. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 33, p. 77.

de supremacia”, motivo pelo qual “a nenhum deles será dado impor aquele que lhe pareça ser a solução consentânea com o Direito”.⁶³⁶ E conclui:

Havendo uma pretensão resistida não comparece a auto-executoriedade de um Estado sobre outro, ou da União sobre um Estado ou de um Estado sobre a União. Logo, só o Poder Judiciário é que poderia acudir de imediato a pretensão de um destes sujeitos em relação a outro ou outro deles.⁶³⁷

É o que sinaliza a própria Constituição, ao estabelecer a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar “as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta”. Arroga-se à Corte Suprema a função de “Tribunal da Federação”.

No mesmo sentido aponta, na doutrina estrangeira, o argentino Cassagne, para quem se apresenta como incabível o exercício da execução coativa do ato interadministrativo, sob pena de grave rompimento no equilíbrio fixado constitucionalmente a propósito da atuação das entidades estatais. Isto porque, como visto, “no existe subordinación de una entidad con respecto a otra”.⁶³⁸

Adota similar conclusão na Espanha, Mercedes Lafuentes Benaches, muito embora embadada em outro fundamento. Em primeiro lugar, repele esta autora o argumento pelo qual haveria, no caso de se admitir a autoexecutoriedade entre pessoas públicas, uma ruptura do equilíbrio constitucional. Justifica, salientando a possibilidade “que una Administración pública tenga la condición de administrado frente a otra Administración pública”.⁶³⁹ A razão é de outra índole, girando na órbita dos meios para o exercício da execução forçada, nomeadamente a prerrogativa de penhora dos bens do devedor, a que são reconduzíveis todos eles. Ora, como os bens das pessoas públicas não podem ser objeto de constrição, a autoexecutoriedade não estará munida de meios para efetivação do comando.

Muito embora seja inaceitável, de acordo com a organização constitucional brasileira, a possibilidade de execução coativa entre as entidades federativas, ressalte-se a possibilidade do exercício da exigibilidade. Isto decorre de outra nota fulcral do princípio federativo, intimamente associada à autonomia das entidades políticas: trata-se da repartição de competências. Como assinalado por Raul Machado Horta, “a autonomia do Estado-membro

⁶³⁶ *Ibid.*

⁶³⁷ *Ibid.*, p. 76.

⁶³⁸ *La ejecutoriedad del Acto Administrativo*, p. 76.

⁶³⁹ *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la administración pública: Fundamento constitucional e régimen jurídico*, p. 58.

pressupõe a repartição constitucional de competências para o exercício e o desenvolvimento de sua atividade normativa. O Estado Federal não autoriza que se desvinculem esses dois aspectos fundamentais de sua fisionomia”.⁶⁴⁰

Assim, no manuseio da competência conferida constitucionalmente, as pessoas públicas podem dela se valer mesmo diante de uma outra entidade política.⁶⁴¹ Há, contudo, um limite ao exercício, consubstanciado na impossibilidade de execução coativa, sob pena de ruptura no equilíbrio federativo. Deste modo, se por um lado se admite a aplicação, entre entes públicos, de uma pena pecuniária, por outro, incabível a manipulação da força para o cumprimento da obrigação.

Odete Medauar, apesar de repelir o exercício de polícia administrativa entre entes públicos, pondera que se trata mais de um aspecto terminológico do que material, haja vista não restar afastada a manipulação da atribuição pública. Assim,

tratando-se de competência de um ente público, suas normas aplicam-se a atividades de outros níveis de poder público, mesmo aquelas que para atividades particulares são englobadas sob a rubrica de ‘exercício do poder de polícia’. Para outros entes públicos, no entanto, não se cogita de poder de polícia, mas, sim, de exercício de competência que é própria.⁶⁴²

Ademais, nos termos da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, a própria autoexecutoriedade entre as pessoas públicas é admitida em dois casos.

Em primeiro lugar, nas hipóteses expressamente previstas pela Constituição Federal. Na medida em que as diretrizes do princípio federativo, os contornos da autonomia recíproca, são traçadas pela norma constitucional, preceito de igual categoria deve prever as exceções. É o caso das intervenções federal e estadual, previstas nos artigos 34 a 36 da Carta Magna, admitidas em hipóteses de anormalidade. Ressalte-se que, mesmo nos casos de intervenção espontânea pela chefia do Executivo, a Constituição previu mecanismo de controle ulterior pelo Legislativo (artigo 36, §1º), a quem compete aprovar ou rejeitar o decreto interventivo.

⁶⁴⁰ *Apud* Fernanda Dias Menezes de ALMEIDA (*Competências na constituição de 1988*, p. 29).

⁶⁴¹ Foram as colocações expostas no Recurso Extraordinário n.º 97.273: “A coexistência harmônica das entidades com autonomia política entre as quais foram partilhadas as atribuições, em descentralização territorial, em três níveis de governo (Federal, Estadual e Municipal), exige que um não interfira no que disser com a estrita competência do outro. E se pode haver abuso ou desvio de poder em Executivo municipal proibindo a instalação de um serviço onde não se justificaria a vedação, igualmente tal pode ocorrer por parte de um órgão do Executivo Federal ou Estadual pretendendo arbitrariamente abrir estabelecimento ou instalar um serviço onde a legislação municipal adequadamente o proíba” (RExtr n. 97.273-1, Relator Ministro Aldir Passarinho, publ. DJ 24.06.83).

⁶⁴² “Há polícia administrativa entre poderes?” in: *Boletim de Direito Municipal*, p. 412.

Vale dizer, a despeito da autoexecutoriedade da medida interventiva, verifica-se o controle posterior por outro poder.

Em segundo lugar, nos casos de “extrema urgência da medida, sob pena de perecimento do interesse a ser defendido caso não haja satisfação imediata da pretensão argüida pela entidade pública que deva por ele zelar”.⁶⁴³

Visto isso, investigaremos a segunda hipótese, referente à autoexecutoriedade no âmbito da descentralização técnica ou por serviços, ou seja, aquela observada nas relações entre entidades da Administração Direta e Indireta.

Cassagne assinala para a sua impossibilidade, sob o argumento de que a posição preeminente do ente da Administração Direta detém outros meios para lograr o cumprimento de determinado ato. Faz menção à posição de supremacia que exerce o Poder Executivo, detentor de uma superioridade hierárquica comum.⁶⁴⁴

A solução perpassa pela compreensão do princípio da tutela, que confere os contornos do controle que a Administração Central detém sobre entidades descentralizadas. Seu fundamento é o liame jurídico denominado vinculação, figura diversa da subordinação, do qual decorre o regime hierárquico.

As diferenças que comumente se apontam são as seguintes:⁶⁴⁵ (i) a subordinação se presume no âmbito das relações internas de uma entidade, ao passo que a vinculação, configurada entre pessoas estatais diversas, inadmite qualquer presunção; (ii) conseqüentemente, as atribuições decorrentes da subordinação são inerentes à relação hierárquica, prescindindo de lei expressa; o que não se observa no tocante à vinculação, dependente de previsão legal.

Como se vê, o exercício da tutela não prescinde de uma lei que atribua ao ente central os mecanismos de controle, motivo pelo qual a resposta à indagação acima dependerá da

⁶⁴³ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Conflito entre União e Estado – apoderamento pela União, sem recorrer ao judiciário, de recursos tributários que a constituição declara pertencentes aos Estados, para saciar-se de alegados créditos – inviabilidade. *Revista Trimestral de direito público*, nº 33, p. 76.

⁶⁴⁴ *La ejecutoriedad del Acto Administrativo*, p. 77-78.

⁶⁴⁵ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (*Direito administrativo*, pp. 484-5). No mesmo sentido aponta Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, que acentua: “A distinção entre ambos os institutos [tutela e subordinação], embora sutil, apóia-se em diferença ontológica. Costuma-se exaltar, como elemento extremador, o fato de que a tutela não se presume ao passo que os poderes decorrentes da hierarquia dispensam mandamento prévio. (...) Mediante a tutela o Poder Público nada mais faz senão confinar as atividades que descentralizam através de pessoas públicas aos fins que lhes estão assinalados, harmonizando-as com as conveniências do todo. É por isso que a subordinação supõe um poder *incondicionado* e o controle de tutela, ao revés, é poder *condicionado*” (*Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, p. 105 – itálico no original).

disciplina específica de cada ente da Administração Indireta. “Assim, é o exame do direito positivo que diz o que pode e o que não pode fazer a autoridade de tutela”.⁶⁴⁶

De toda sorte, oportuno assinalar que o cabimento de intervenção nas entidades descentralizadas constitui mecanismo de tutela autoexecutória extraordinária, verificável quando houver descumprimento do dever de agir para as finalidades específicas para as quais foi criada.⁶⁴⁷ Representa meio extremo para o exercício do controle finalístico.

A propósito da figura da intervenção, encontra previsão expressa no Decreto-lei n.º 200/67 (artigo 26, parágrafo único, “i”). Sobre a sua natureza excepcional, assinala Celso Antônio Bandeira de Mello:

A Administração Central, no caos, se assenhoreia dos negócios da autarquia, apresentando-se, então, como verdadeira dirigente das questões deferidas à entidade. Não é preciso ressaltar que se trata de medida extrema, absolutamente excepcional, admissível unicamente em casos de descalabro administrativo completo.⁶⁴⁸

Estes os contornos das relações interadministrativas.

5.3.1.2. Ato administrativo perfeito e eficaz

A execução forçada pressupõe que o ato administrativo seja, por um lado, perfeito, ou seja, que reúna “todos os elementos vitais para sua existência”, e, por outro, eficaz, apto a produzir os respectivos efeitos.⁶⁴⁹

A perfeição está relacionada com o plano de existência do ato administrativo, de tal forma que, concluído o ciclo de sua formação, pode-se imputar a ele a condição de perfeito. Incabível admitir que algo que se apresente como inexistente possa ser executado.

Já a eficácia representa a capacidade do ato para a produção de seus efeitos próprios. Verifica-se “quando o desencadeador de seus efeitos típicos não se encontra dependente de qualquer evento posterior, como uma condição suspensiva, termo inicial ou ato controlador a

⁶⁴⁶ Cf. DI PIETRO. *Direito administrativo* p. 485.

⁶⁴⁷ Cf.. BANDEIRA DE MELLO (Natureza e Regime Jurídico das Autarquias, p. 439). Assim, o cumprimento de seus fins representa um verdadeiro *encargo* das entidades descentralizadas.

⁶⁴⁸ *Ibid.*, p. 450.

⁶⁴⁹ Cf. CRETELLA JÚNIOR. *Do ato administrativo* p. 98.

cargo de outra autoridade”.⁶⁵⁰ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em análise das características do ato administrativo, estipula uma condicionante positiva, a exequibilidade, compreendida como a possibilidade de execução imediata.⁶⁵¹

A Lei Complementar n. 33/96, do Estado de Sergipe, é expressa nesse sentido, nos termos do seu art. 67, “caput”: “O ato administrativo é executório, logo que eficaz”.⁶⁵² A necessária vinculação com a eficácia é evidenciada pelo §2º do mesmo art. 67, que especifica as situações em que o ato não é passível de execução. Dispõe o preceito:

Não é executório o ato:

I – cuja eficácia esteja suspensa;

II – de que tenha sido interposto recurso com efeito suspensivo;

III – sujeito a aprovação ou homologação.

Dois aspectos foram tratados acima: o plano da existência e o plano da eficácia. Não se cogitou do plano da validade, adstrita à conformidade do ato administrativo ao ordenamento jurídico. É o que será visto a seguir.

5.3.1.3. Autoexecutoriedade e teoria das nulidades. Colocação do problema.

Representa tarefa árdua a análise dos efeitos da autoexecutoriedade diante da teoria das nulidades do ato administrativo. O dissenso que ainda se observa no tópico dos atos viciados contribui, evidentemente, para a dificuldade da questão.

A dúvida que se apresenta envolve a eficácia dos atos executórios que padecem de vícios, podendo ser sintetizada na seguinte formulação: é cabível à Administração o exercício da autoexecutoriedade de atos viciados que ainda não foram objetos de invalidação?

Como se nota, o exame a ser procedido levará em consideração um momento bem definido na fase do ato. Do interregno entre a produção de seus efeitos e a retirada do ato

⁶⁵⁰ Cf. BANDEIRA DE MELLO. Curso de direito administrativo, p. 383.

⁶⁵¹ Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO distingue expressamente eficácia de exequibilidade (*Curso de direito administrativo*, pp. 142-3). Enquanto aquele representa a aptidão para a produção de efeitos, este consiste, como visto, na possibilidade do ato ser posto imediatamente em execução. Trata-se de lição assemelhada à de Hely Lopes MEIRELLES, que salienta: “embora eficaz, pode o ato administrativo não ser exequível, por lhe faltar a verificação de uma condição suspensiva, ou a chegada de um termo ou, ainda, a prática de um ato complementar (aprovação, visto, homologação, julgamento do recurso de ofício etc) necessário ao início de sua execução ou operatividade” (*Direito Administrativo Brasileiro*, p. 162).

⁶⁵² Este dispositivo da lei sergipana reproduz o art. 149º, n. 1, do Código de Procedimento Administrativo português: “Os actos administrativos são executórios logo que eficazes”.

inválido. Restarão excluídos, portanto, os períodos anteriores à eficácia, bem como os posteriores à invalidação (ou convalidação, nos casos em que admitida). No primeiro caso, incabível falar-se em executoriedade, que pressupõe um ato eficaz. No segundo, nenhuma dificuldade se apresenta.

a) Classificação adotada

Não se pretende fazer investigações maiores sobre as posições que cercam a teoria das nulidades do ato administrativo. Desde já, será delimitado o pressuposto a partir do qual será procedida a análise.

Verificam-se na doutrina brasileira diversos trabalhos, específicos ou não, que se debruçam sobre os aspectos envolvidos em tão intrincada questão. Os critérios expostos são múltiplos, variando conforme a utilidade do estudioso. Dentre eles, o parâmetro que mais se destaca no cenário doutrinário atual é o que aparta os atos administrativos de acordo com a possibilidade de saneamento.

É o entendimento de Antônio Carlos Cintra do Amaral, que, inclusive, abandona a terminologia clássica, importada do direito privado, dos atos nulos e anuláveis. Visando a uma maior precisão semântica, com expressa associação com o critério adotado, distinguiu os atos administrativos em convalidáveis e inconvalidáveis. Enquanto estes são detentores de vícios cuja magnitude merecem plena repulsa pelo ordenamento jurídico, afastando-lhes a possibilidade de saneamento; aqueles, pelo contrário, admitem convalidação. No entanto, outros juristas, prestigiando as expressões tradicionais, porém adotando idêntico critério, se valem dos vocábulos atos nulos (inconvalidáveis) e anuláveis (convalidáveis). Esta a posição, bem assim a terminologia, que vêm prevalecendo e com as quais se concorda.

b) Ato inexistente

Um parêntese em relação ao ato inexistente, tópico sobre o qual igualmente pairam significativas controvérsias.

Alguns autores simplesmente desprezam tal categoria, reconduzindo-a para o campo das invalidades. “O que se passa é que não terão a menor validade, por falta dos requisitos explicitados quando do estudo das ‘condições de validade’ e, pois, confundem-se com os atos nulos, isto é, aqueles que descumprem o preceituado no ordenamento normativo”.⁶⁵³ Da mesma forma Sérgio Ferraz, que proclama a “inaceitação, no plano da utilidade até, da sustentação de escaninhos conceituais para atos inexistentes e atos irregulares, inteiramente reconduzíveis à clássica dicotomia nulidade/anulabilidade”.⁶⁵⁴

Outros acatam os atos inexistentes, identificando-os nas atuações delituosas emanadas no seio da Administração. Compreendem, conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, os “comportamentos que correspondem a condutas criminosas ofensivas a direitos fundamentais da pessoa humana”.⁶⁵⁵ No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro.⁶⁵⁶ Na medida em que se encontram “fora do possível jurídico”, “radicalmente vedados pelo Direito”,⁶⁵⁷ aplicam-se-lhes os seguintes efeitos: não prescrevem, impossibilidade de serem objeto de conversão⁶⁵⁸ e possibilidade de exercício do direito de resistência.

No entanto, entende-se que, muito embora a inexistência possa ser admitida como categoria autônoma, situa-se em campo diverso da seara penal. Ousa-se divergir, portanto, do entendimento acima esposado.

Para tanto, imprescindível uma análise dos elementos do ato administrativo. Tecendo distinção entre elementos e pressupostos dos atos jurídicos, Celso Antônio Bandeira de Mello distingue com nitidez os seus planos, apartando o da existência (perfeição), da validade e o da eficácia⁶⁵⁹. De acordo com Marcos Bernardes de Mello, “existência, validade e eficácia são três situações distintas por que podem passar os fatos jurídicos e, portanto, não é possível tratá-las como se fossem iguais”.⁶⁶⁰

⁶⁵³ Regis Fernandes de OLIVEIRA, *Ato Administrativo*, p. 155. Em igual sentido encontra-se Hely Lopes MEIRELLES (*Direito administrativo brasileiro*, p. 177).

⁶⁵⁴ *Extinção dos Atos Administrativos: algumas reflexões*. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, vol. 231, p. 61. O autor reproduz julgado do Supremo Tribunal Federal: “Em nosso direito administrativo decorre, inclusive do parágrafo único do artigo 2º da Lei 4.715/65, que não se faz distinção entre atos administrativos inexistentes e nulos, considerando-se ambos como nulos” (Recurso Extraordinário 99.936-1-RS, Rel Min. Moreira Alves, DJU 16.09.83, pág. 14.012).

⁶⁵⁵ *Curso de direito administrativo*, p. 462.

⁶⁵⁶ *Direito administrativo*, p. 244.

⁶⁵⁷ Cf. BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, p.462.

⁶⁵⁸ Pela conversão, nos termos das lições de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, “o Poder Público trespassa, também com efeitos retroativos, um ato de uma categoria na qual seria inválido para outra categoria na qual seria válido” (*Curso de direito administrativo*, p. 467).

⁶⁵⁹ *Curso de direito administrativo*, pp. 382-4.

⁶⁶⁰ *Teoria do fato jurídico (plano da existência)*, p. 80.

Com base nisto, aponta-se como elementos do ato o conteúdo e a forma, sem as quais “não há ato algum”.⁶⁶¹

A forma é o “revestimento exterior do ato”, o modo por meio do qual ele revela a sua existência.⁶⁶² Trata-se do suporte pelo qual a declaração é manifestada.

Já o conteúdo representa “aquilo que o ato dispõe”, “é o próprio ato, em sua essência”. Entendendo-se o ato administrativo como uma declaração do Estado, o encerramento de algum conteúdo consiste em um seu pressuposto, como própria condição de existência. Uma portaria que não dispõe sobre algo não pode ser considerada um ato, vez que nada declara.

Não se deve confundir o conteúdo com o objeto, entendido como “aquilo sobre que o ato dispõe”.⁶⁶³ Para Weida Zancaner, aquele representa elemento do ato; este, condição de sua existência, de modo que a ausência ou a impossibilidade, material ou jurídica, afastam a caracterização do próprio ato.⁶⁶⁴

Dentre as hipóteses de impossibilidade jurídica, destaque para as declarações que veiculam crimes, a exemplo da “ordem para que um policial torture um preso”,⁶⁶⁵ consideradas como atos inexistentes, de acordo com a doutrina acima.

Algumas considerações merecem ser tecidas.

Em primeiro lugar, não se pode deixar de imputar a condição de ato a uma declaração estatal que configure delito penal. Isto porque presentes os elementos conformadores da existência do ato, quais sejam, o conteúdo e a forma. Utilizando o exemplo dado acima, pode-se apontar para a configuração de uma forma (verbal ou escrita) e de um conteúdo (ordem de tortura), motivo pelo qual plenamente identificável uma declaração, um evento prescritivo.

Em segundo lugar, aquelas situações consideradas como juridicamente impossíveis representam, a bem da verdade, desconformidades inseridas no plano da validade. A falta de correspondência se dá entre o conteúdo do ato e uma situação vedada pelo ordenamento jurídico. O fato de tais situações serem repelidas em máximo grau pelo Direito não lhes desloca para o plano da existência. Conforme assinalado por Marcos Bernardes de Mello, “para configurar a contrariedade a direito caracterizadora da ilicitude não importa a que ramo

⁶⁶¹ Cf. BANDEIRA DE MELLO (*Curso de direito administrativo*, p. 387).

⁶⁶² *Ibid.*, p. 389.

⁶⁶³ *Ibid.*, p. 389)

⁶⁶⁴ *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*, p. 36.

⁶⁶⁵ *Ibid.*, p. 37.

da Ciência Jurídica pertença à norma violada; não há uma diferença ontológica entre ilícito civil, penal, administrativo ou de qualquer outra espécie”.⁶⁶⁶

Assim, deduz-se que “os atos definidos como inexistentes, a partir de seu conteúdo criminoso, sujeitam-se ao regime jurídico dos atos nulos para efeito de controle de legalidade administrativa”.⁶⁶⁷

Assim, ato inexistente é aquele desprovido de forma ou conteúdo, elementos sem os quais o ato não conclui seu processo de formação, permitindo afastar a constatação de qualquer declaração estatal. A bem da verdade, sequer se pode falar de um ato propriamente, vez que estaríamos diante de um “nada jurídico”.⁶⁶⁸

c) Efeitos do ato viciado não invalidado

Outra distinção que se faz entre ato nulo e anulável é aquela segundo a qual, no âmbito da nulidade, inexistente a produção de qualquer efeito desde a sua origem, ao passo que, pela anulabilidade, somente com o ato invalidatório é que se impõe a supressão dos efeitos do ato viciado.

É o que sustenta Almiro do Couto e Silva. De um lado, “os atos maculados por nulidade situam-se no limite com a inexistência e não produzem qualquer efeito desde sua origem”;⁶⁶⁹ de outro, referente aos atos anuláveis, “enquanto não anulados, os atos administrativos produzem efeitos”.⁶⁷⁰

Tal aspecto repercute de maneira acentuada em relação à eficácia dos atributos do ato administrativo, notadamente da autoexecutoriedade, detentora de uma carga eficaz pungente. De acordo com tal entendimento, apresenta-se como incabível a execução forçada dos atos nulos. A nulidade de pleno direito que subjaz a estas declarações estatais elimina referida possibilidade. Já no tocante aos atos anuláveis, admissível a autoexecutoriedade até o momento da invalidação.

Esta representa a compreensão de Gordillo, que inicia a sua análise pela presunção de legitimidade dos atos administrativos. Para o autor argentino – que parte da distinção entre

⁶⁶⁶ *Teoria do fato jurídico (plano da existência)*, p.197.

⁶⁶⁷ Cf. CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 472).

⁶⁶⁸ *Ibid.*.

⁶⁶⁹ O princípio da segurança jurídica, p. 302.

⁶⁷⁰ *Ibid.*.

atos nulos, anuláveis e inexistentes –, os atos nulos e inexistentes não detêm presunção de legitimidade, ao passo que os anuláveis se reputam válidos enquanto não sejam invalidados.

A par desta justificativa jurídica, verifica-se argumento de “índole lógica”, de modo que o vício claro e manifesto não pode ser desconsiderado, sob pena de “cerrar los ojos ante la realidad”.⁶⁷¹ Seria extremamente contraditório presumir a legalidade de algo que evidentemente não seja conforme o ordenamento. De acordo com Gordillo, uma norma que preconizasse o contrário seria irrazoável e até inconstitucional. Não haveria como se disciplinar contra a racionalidade.

Admitir tal presunção em relação aos atos nulos e inexistentes seria, em última análise, “proteger la arbitrariedad administrativa, facilitar el exceso, dificultar la efectiva vigencia de los derechos de los individuos”.⁶⁷²

Partindo de tal pressuposto, e na medida em que, para o autor argentino, a executoriedade decorre de presunção de legitimidade, conclusão inafastável a de que o manuseio da execução administrativa não é admitido nos atos nulos.

Acompanha tal posição Cassagne. Entende este autor que os atos administrativos viciados de nulidade manifesta “no gozan de la presunción de legitimidad, ni tampoco de ejecutoriedad”.⁶⁷³

Contudo, não se trata do entendimento que se adota.

A concepção dos efeitos do ato nulo, compreendidos no âmbito de uma nulidade de pleno direito, merece reparo. A influência civilista, neste contexto, é notória. Tanto assim que o sistema das invalidades no direito privado associava o ato nulo à própria inexistência, do que se extraía a impossibilidade na produção de efeitos. Prevalecia o brocardo “quod nullum est nullum producit effectum”. Daí haver exposto Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, conferindo às lições privatistas verdadeiro contorno de teoria geral do direito, que “os atos nulos são considerados como jamais formados. São juridicamente inexistentes”.⁶⁷⁴

Ocorre que o progressivo distanciamento das lições civilistas contribuiu para uma alteração no entendimento, de tal sorte que a doutrina administrativista nacional vem erigindo, a despeito da falta de homogeneidade entre as lições, uma teoria das nulidades com critérios

⁶⁷¹ Cf. GORDILLO. *Tratado de derecho administrativo*, p. V-4.

⁶⁷² *Ibid.*

⁶⁷³ *La ejecutoriedad del Acto Administrativo*, p. 90.

⁶⁷⁴ *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 653.

próprios.⁶⁷⁵ Como visto acima, vem prevalecendo a distinção entre atos nulos e anuláveis, com base no critério da possibilidade de convalidação.

Além disto, a distinção entre os planos da existência (perfeição), da validade e da eficácia contribuiu para um melhor entendimento do fenômeno das invalidades. De um lado, dissociou a figura da nulidade à da existência, com uma compreensão mais racional dos atos jurídicos. Um ato viciado não é aquele que inexistente, mas que foi deficientemente criado. Vale dizer, cogitar da invalidade é pressupor a existência do ato.

De outro lado, relevante a apartação entre a validade e a eficácia. Um ato, a despeito de válido, pode não produzir efeitos. Ademais, perfeitamente admissível a configuração de um ato inválido que produz efeitos. Esta a hipótese que nos interessa.

Até o momento da retirada do ato viciado, quer seja nulo ou anulável, os seus efeitos remanescem em toda a plenitude. Isto porque a desconformidade do ato é apenas eventual, estando a depender de um reconhecimento neste sentido pelos órgãos estatais competentes.

É o que expõe Antônio Carlos Cintra do Amaral, para quem “tanto os atos administrativos válidos quanto os inválidos podem produzir efeitos. A distinção entre eles somente se põe quando suscetíveis de apreciação, por um órgão estatal competente no que respeita a sua legalidade”. De tal modo que, “antes da anulação, afirmar-se que há ato administrativo inválido é mera questão de opinião”.⁶⁷⁶

No mesmo sentido encontra-se Celso Antônio Bandeira de Mello, em passagem que se reproduz:

Os atos inválidos, inexistentes, nulos ou anuláveis não *deveriam* ser produzidos. Por isso, não *deveriam* produzir efeitos. Mas o fato é que são editados atos inválidos (inexistentes, nulos e anuláveis) e que *produzem* efeitos jurídicos. Podem produzi-los até mesmo *omnia secula*, se o vício não for descoberto ou se ninguém o impugnar.

É errado, portanto, dizer-se que os atos nulos não produzem efeitos. Aliás, ninguém cogitaria da anulação deles ou de declará-los nulos se não fora para fulminar os efeitos que já produziram ou que podem ainda vir a produzir.⁶⁷⁷

⁶⁷⁵ Seabra FAGUNDES, *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, pp. 60-64.

⁶⁷⁶ *Extinção do ato administrativo*, p. 61. Afirma Antônio Carlos Cintra do AMARAL que a denominada nulidade de pleno direito não é detentora de racionalidade jurídica. Cita Santamaria Pastor, para quem “la nulidad no se produce nunca de modo automático, porque la nulidad no es un hecho, una realidad, sino una calificación que debe hacerse valer en el procedimiento correspondiente para que sea efectiva” (*La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*. Madri: Instituto de Estudios Administrativos, 2ª edição, 1975, p. 93. *Apud Extinção do ato administrativo*, p. 62).

⁶⁷⁷ *Curso de direito administrativo*, p. 471 (itálico no original).

Não há como se afastar esta constatação, logicamente irretocável. A invalidação representa um procedimento de conhecimento e de apreensão do vício embutido no ato, seguido por sua retirada do mundo jurídico, com reflexos nos seus efeitos. Neste contexto, ela detém, para além da compostura declaratória, uma natureza constitutiva.⁶⁷⁸

Desta forma, não se pode deixar de reconhecer que tanto o ato nulo quanto o anulável produzem, até a invalidação, efeitos, dentre os quais se inclui a autoexecutoriedade. Por outro lado, deve-se considerar a possibilidade de exercício, pelo particular, do “direito à resistência”, com os contornos que a seguir serão expostos. No entanto, é preciso que se enfatize, estes dois aspectos representam situações diversas, admitindo-se a sua coexistência.

Assim leciona Mercedes Lafuentes Benaches, no âmbito do direito espanhol. Assim, “la regla general es la obligación de la Administración de ejecutar forzosamente los actos administrativos incumplidos por el administrado, cualquiera que sea el vicio de ilegalidad alegado por aquél para negarse a cumplirlo voluntariamente”.⁶⁷⁹

d) Direito de resistência

Como visto no item anterior, duas situações devem ser apartadas. De um lado, sob o ponto de vista da Administração, encontra-se a prerrogativa de impor autoexecutoriamente os atos administrativos. A relação com a eficácia é inolvidável, de tal modo que a execução se mantém até o momento da extinção do ato ou até que os efeitos da declaração estatal sejam suspensos, via administrativa ou judicial. A validade do ato, nesta seara, assume aspecto ancilar.

De outro lado, remanesce a possibilidade do exercício da resistência pelo particular. Este, vislumbrando uma situação de vicissitude no âmbito da atuação estatal, se opõe ao seu cumprimento.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, que bem contextualiza o “direito de resistência”, o seu exercício deve ser analisado sob duplo enfoque: a resistência simples (ou passiva) e a resistência ativa (*manu militari*). A primeira consiste no mero descumprimento de obrigação pública, por entender o particular estar diante de um ato viciado. Em uma

⁶⁷⁸ Cf. AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Extinção do ato administrativo* p. 63).

⁶⁷⁹ *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la administración pública: Fundamento constitucional e régimen jurídico*, p. 55.

verdadeira antecipação ao juízo de legalidade, o administrado simplesmente olvida o conteúdo do comando estatal.

No entanto, na medida em que somente aos órgãos estatais é atribuída a competência para invalidação, o particular, ao exercer a resistência passiva, está o fazendo “por sua conta e risco”,⁶⁸⁰ a depender do pronunciamento da autoridade pública, judicial ou administrativa. Reitere-se que, até o memento da invalidação, a retirada do ato se apresenta como uma possibilidade. “Se os juízos [do particular resistente e da autoridade pública detentora da competência para invalidar] a final se revelarem coincidentes, a resistência será havida como legítima; se se revelarem descoincidentes, a resistência será havida como ilegítima”.⁶⁸¹

Deste modo, não há que se falar em “direito de resistência”, na medida em que o particular pode ser sancionado pela oposição ilegítima a um ato administrativo.⁶⁸²

A segunda forma de resistência, a ativa (ou “manu militari”), representa a oposição física à execução administrativa. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, representa um mecanismo ilegítimo, vez que carreador de uma perturbação da ordem e da paz social.⁶⁸³ Somente admissível, a título excepcional, em relação aos atos que veiculam crimes (para o autor, atos inexistentes; de acordo com o entendimento adotado acima, atos nulos).

Concorda-se com a posição. A única ressalva que se faz, para haver compatibilidade com o pressuposto adotado acima, é a possibilidade de resistência ativa em relação aos atos nulos, quando estes representem comportamentos criminosos. A solução, nesta hipótese, não é diversa: o particular que impõe a resistência ativa assume o risco de que o seu comportamento seja configurado, posteriormente, como ilegítimo, podendo, inclusive, caracterizar o crime previsto no artigo 329 do Código Penal.

Evidentemente, esta oposição deve ser feita pelo uso de meios necessários e razoáveis, de modo que seja proporcional à execução promovida ilegalmente. Qualquer excesso, mesmo de diante de um ato viciado, é passível de sanção.

Diante disto, deduz-se que o ato nulo admite, excepcionalmente, resistência “manu militari”. Fora de tais hipóteses, não se acredita que o manuseio de força constitua instrumento legítimo posto à disposição do particular.

⁶⁸⁰ Cf. BANDEIRA DE MELLO (*Curso de direito administrativo*, cit., p. 475).

⁶⁸¹ *Ibid.*.

⁶⁸² Para Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, “não há garantia de um direito à resistência, por descumprimento, contra atos que *poderão vir a ser declarados inválidos*” (*Ibid.*, p. 475 – *itálico no original*).

⁶⁸³ *Ibid.*, p. 475.

5.3.2. Intimação do particular (2º REQUISITO)

Visto o primeiro requisito para o exercício da autoexecutoriedade, passe-se ao segundo.

Previamente ao exercício da execução administrativa, o particular sobre o qual recairá a autoexecutoriedade deve ser intimado, de tal forma que tome ciência da possibilidade de vir a ser compelido materialmente pela Administração acerca do cumprimento de uma obrigação pública inadimplida.

Este requisito representa uma exigência do princípio do devido processo legal, cujo corolário mais evidente é a garantia da ampla defesa. Evocam-se neste ponto as lições de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra, para quem a ampla defesa é constituída por dois elementos: necessidade de informação e possibilidade de reação.⁶⁸⁴ De fácil compreensão a sua justificativa.

A imprescindibilidade de intimação do particular decorre da correlata necessidade de cientificá-lo acerca das implicações do descumprimento de uma obrigação pública, dentre as quais a execução administrativa. Representa uma cláusula democrática o imperativo de que os atos estatais gravosos sejam compartilhados com o respectivo destinatário. Dentre os aspectos que envolvem a intimação, a comunicação é o de maior relevância, dela decorrendo as demais finalidades.

Munido da informação, o particular pode reagir contra o ato objeto da execução, insurgindo-se no âmbito administrativo ou judicial. Além disto, acresça-se a possibilidade de haver o adimplemento da obrigação pública.

Assim, “não há como validar efeitos do ato processual no que concerne ao interessado se este não foi devidamente intimado”.⁶⁸⁵

A exigência de intimação é acolhida em nosso ordenamento, de tal forma que as normas que tratam de processo administrativo impõem a comunicação dos atos processuais. Tome-se, v.g., a Lei federal n. 9.784/99, que dispõe em seu art. 28 o seguinte: “Devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de

⁶⁸⁴ *Princípios Gerado do Direito Processual*, p. 57.

⁶⁸⁵ Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal*, p. 157.

deveres, ônus, sanções ou restrições ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse”.⁶⁸⁶

Vale mencionar que a Lei Complementar n. 33/96, do Estado de Sergipe, estipula que o interessado deverá ser notificado “dos despachos, decisões ou outros atos que lhe imponham deveres, restrições ou sanções, ou lhe causem prejuízos” (art. 141). Além disto, verifica-se dispositivo específico em relação ao exercício da autoexecutoriedade, norma verdadeiramente incomum, infelizmente, em nosso ordenamento jurídico. Assim preconiza o art. 67, §3º, da lei sergipana:

“A decisão de proceder a execução administrativa será previamente notificada ao seu destinatário”.

O direito estrangeiro igualmente se debruça sobre este requisito, que se encontra expressamente previsto, por exemplo, no art. 100.2 da Lei de Procedimento Administrativo espanhola, que detém a seguinte redação: “El órgano que ordene un acto de ejecución estará obligado a comunicar por escrito, y a requerimiento del particular interesado, la resolución que autorice la actuación administrativa”.

Da mesma forma em relação ao Código de Processo Administrativo de Portugal. É o que dispõe o art. 152º, nº 1, *in verbis*: “A decisão de proceder à execução administrativa é sempre notificada ao seu destinatário antes de se iniciar a execução”.

Ou seja, o requisito analisado no item anterior (ato administrativo prévio) representa condição necessária, mas não suficiente, para a execução administrativa. Ao ato se acrescerá a notificação da execução ao particular.⁶⁸⁷ “Desta notificação devem constar, além do texto do acto exequendo, a indicação de um novo prazo de cumprimento e o aviso de que, findo o prazo, a Administração executará coercitivamente aquele acto exequendo através de meios especificamente determinados”.⁶⁸⁸

Cumprir notar que a lei portuguesa admite que se faça a notificação “conjuntamente com a notificação do acto definitivo e executório” (art. 152º, nº 2).

⁶⁸⁶ Observe-se que a norma sergipana utiliza terminologia diversa (notificação) daquela adotada na lei federal de processo administrativo (intimação). Vale lembrar que o regime anterior ao atual Código de Processo Civil fazia a distinção entre intimação e notificação, porém de maneira “imprecisa e imperfeita” (cf. Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, p. 237).

⁶⁸⁷ Cf. AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo* p. 486.

⁶⁸⁸ *Ibid.*

Os regimes adotados pelo Direito espanhol e português evidenciam a plena autonomia entre a fase de execução coercitiva e a fase decisória administrativa. Salienta a doutrina portuguesa, sobre tal aspecto:

Ora, a necessária externalização e comunicação da **decisão de proceder à execução** implica a aceitação de que o procedimento executivo se inicia com uma decisão administrativa diversa e autónoma daquela que esteve na sua origem e que essa decisão – embora condicionada na sua prática e seu conteúdo pelo acto administrativo precedente – passa a ser o acto central do procedimento executivo, (...).

O preceito [art. 152º, n. 1, do CPA português] é, pois, a revelação formal da autonomia legal do procedimento de execução do acto administrativo, em relação ao procedimento da sua formação e manifestação, reconhecida no art. 1º do Código: praticado o acto administrativo, só se inicia (oficiosamente ou a pedido de interessado) o procedimento executivo, não apenas com a **decisão de proceder** ao mesmo, mas também com a **notificação dessa decisão** – que deve anteceder o início da execução administrativa.⁶⁸⁹

É salientado em Portugal que a autonomia entre as fases representa uma “profunda alteração do sistema jurídico-administrativo português, em sede de execução do acto administrativo”.⁶⁹⁰ Com efeito, a execução administrativa era entendida como uma atividade juridicamente “indiferente, concebida como mera extensão de um poder ínsito na produção do acto administrativo”. Isto gerava situações em que o particular destinatário do ato se via surpreendido pela execução coercitiva, sem que ao menos tivesse conhecimento específico da intenção da Administração em fazê-lo. Justificava-se tal possibilidade pela linha de continuidade do ato administrativo, bem como pela participação do administrado na etapa que precedeu a expedição do ato administrativo exequendo, de tal sorte que o interessado detinha ciência da possibilidade do exercício da autoexecutoriedade.

Ocorre que a alteração deste quadro tradicional leva em consideração dois aspectos da maior relevância. De um lado, “a autonomia jurídica do procedimento executivo (figurando como uma nova intervenção administrativa na esfera jurídica ou material do administrado)”; de outro, “a ideia de que há um quadro valorativo próprio da actividade executiva, que se traduz, designadamente, na escolha jurídica do momento e das medidas concretas de execução”.⁶⁹¹

⁶⁸⁹ Esteves de OLIVEIRA, COSTA GONÇALVES e PACHECO DE AMORIM, *Código do procedimento administrativo* p. 727 – negrito no original.

⁶⁹⁰ *Ibid.*

⁶⁹¹ *Ibid.*, p. 728.

Também o direito alemão adota o caráter autônomo da autoexecutoriedade. A já mencionada lei germânica de execução administrativa (*Verwaltungsvollstreckungsgesetz*), datada de 1953, é, inclusive, anterior à norma que disciplinou o procedimento administrativo, de 1976. Aquela lei, disciplinando de maneira autônoma o procedimento de execução administrativa, fixou os pressupostos e os meios utilizáveis para o seu exercício. O início de tal procedimento se dá, regra geral, com a notificação escrita do particular para cumprir a obrigação (§ 13.7).⁶⁹²

Perceba-se que esta distinção formal entre a fase de produção do ato e a fase de sua execução constitui uma “proteção acrescida dos interesses dos administrados”, na medida em que a decisão de proceder à notificação “deixou de ter relevância apenas interna e – por supor um juízo autônomo e inovador – terá que ser comunicada ao administrado”.⁶⁹³ Trata-se, de maneira evidente, de um procedimento que confere maiores garantias ao particular.⁶⁹⁴

Ademais, plenamente cabível o estabelecimento de uma relação com o princípio da proporcionalidade, na medida em que a execução administrativa é encarada como uma “ultima ratio”, “estando a Administração obrigada a conceder sempre ao particular uma última hipótese de cumprimento voluntário”.⁶⁹⁵ A propósito disto, alguns autores evocam o caráter subsidiário da execução coercitiva, com evidente caráter garantístico, por tentar “evitar ao máximo intervenções agressivas na esfera jurídica dos cidadãos por parte dos poderes públicos”.⁶⁹⁶

Outro argumento utilizado é o princípio da economia de meios administrativos. Assim, “se for possível minorar a despesa da Administração, levando o particular a cumprir voluntariamente, deve esgotar-se essa via”.⁶⁹⁷

Traçados os contornos jurídicos do requisito da intimação do particular, o questionamento que se levanta atém-se à extensão de tal requisito no ordenamento jurídico

⁶⁹² Cf. GOMES, Carla Amado Gomes *Contributo para o estudo das operações materiais da administração pública e do seu controlo jurisdicional*, p. 119.

⁶⁹³ *Ibid.*, p. 728.

⁶⁹⁴ Como salientado por Carla Amado GOMES, “Esta notificação autônoma compreende-se perfeitamente, da perspectiva das garantias do particular: ele sabe que deve acatar o acto impositivo, mas, se isso não lhe for devidamente comunicado, ignora as consequências do seu incumprimento. É, por sua vez, também uma decorrência do freccionamento entre poder de decidir e poder de executar e, sobretudo, do agravado potencial lesivo deste último” (*Ibid.*, p. 115).

⁶⁹⁵ Cf. Paulo Otero, *A execução do acto administrativo no Código de Procedimento Administrativo*. Apud Carla Amado GOMES (*Ibid.*, p. 115, nota 280).

⁶⁹⁶ *Ibid.*, p. 115.

⁶⁹⁷ *Ibid.*, p. 116.

brasileiro, comparativamente com a disciplina observada nos direitos espanhol, português e alemão.

Uma primeira dificuldade se apresenta em relação à comparação dos regimes. No direito brasileiro, como já visto, inexistente uma disciplina unitária do procedimento de execução administrativa. Verificam-se diversas leis, que, em virtude das inúmeras situações, estabelecem as condições e as formas de execução.

Tomando-se como parâmetro analítico as leis gerais de processo administrativo, observa-se, regra geral, a inexistência de disposições expressas que conferem autonomia à fase de execução coercitiva do ato. O que parece prevalecer é a concepção tradicional segundo a qual a autoexecutoriedade é mera extensão da competência para produção do ato. De tal sorte que a decisão de proceder à execução representa um ato interno, não compartilhada com o particular interessado. Representa exceção, como visto, a lei sergipana de procedimento administrativo, que expressamente exige a notificação da decisão de proceder à execução.

No entanto, não se pode deixar de conferir a esta exigência da notificação prévia justificativas principiológicas diretamente relacionadas com os direitos fundamentais dos particulares. Com efeito, uma das prerrogativas mais contundentes da Administração é a autoexecutoriedade, vez que encerra potencial intervenção do poder público na esfera jurídica dos administrados, inclusive com a possibilidade de manuseio da força. Tal compostura do atributo exige maiores cautelas no seu exercício. Assim, os princípios elencados acima – do devido processo legal, da proporcionalidade e da subsidiariedade – detém carga normativa suficiente para estabelecer tal obrigação à Administração.

Talvez a densidade de tais princípios, reconheça-se, não seja suficiente para vincular a Administração na hipótese de falta de dispositivo expresso, da mesma forma que o faz a lei do Estado de Sergipe, congênere brasileiro das disposições alienígenas mencionadas. De qualquer forma, o que se acredita como inafastável, como condição mínima para o exercício da autoexecutoriedade, é a intimação concomitante do ato exequendo e da execução, nos moldes como traçado pelo art. 152º, n. 2, do CPA português.

Uma ressalva. Excepcionalmente, nas situações que assumem caráter emergencial, de risco iminente ao interesse público, admite-se a supressão de tal requisito. Como visto, em casos tais, as fases de deliberação, exteriorização da vontade e execução do ato se apresentam

simultaneamente.⁶⁹⁸ Como salientado por Seabra Fagundes, “o ato administrativo, que cria a obrigação, confunde, quanto ao momento de sua aparição, com o ato material”.⁶⁹⁹

5.3.3. Descumprimento da obrigação pública pelo particular (3º REQUISITO)

O presente requisito igualmente decorre dos princípios acima assinalados, nomeadamente o da proporcionalidade e o da subsidiariedade. A execução administrativa coativa deve representar o último recurso, privilegiando-se o cumprimento da obrigação pelo particular. Somente na hipótese deste último quedar-se inerte é que se torna legítimo o exercício da autoexecutoriedade.

A doutrina nacional chega a controverter sobre o requisito em comento, como se observa das posições dissonantes entre Seabra Fagundes e Flávio Bauer Novelli.

O primeiro afirma que, “em alguns casos excepcionalíssimos, a execução por via administrativa tem cabimento, mesmo na ausência de oposição do indivíduo”.⁷⁰⁰ São as hipóteses em que se verifica “extrema urgência em se obter a prestação”, o que faz a Administração agir, até mesmo, com total desconhecimento de quem seja o devedor.⁷⁰¹ E exemplifica: “Tal é o caso da demolição urgente de uma parede, efetuada com o fito de evitar a propagação de incêndio, sem que os agentes públicos intimem ou mesmo conheçam o proprietário”.⁷⁰² Seabra Fagundes tece objeção à posição contrária suscitada por Flávio Bauer Novelli, reafirmando que “a executoriedade se liga antes à existência de um ato a executar do que à identificação daquele a quem cumpra lhe prestar obediência”.⁷⁰³

Flávio Bauer Novelli afirma expressamente que “a executoriedade pressupõe a obrigação incumprida”.⁷⁰⁴ Manifestando posição contrária a de Seabra Fagundes, salienta que o exemplo dado por este (reproduzido no parágrafo anterior), “não é, todavia, um caso de executoriedade pròpriamente dita”.⁷⁰⁵

⁶⁹⁸ Cf. BENACHES, Mercedes Lafuente. *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la administración pública: Fundamento constitucional e régimen jurídico*, p. 71-72.

⁶⁹⁹ *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, p. 364, nota 28.

⁷⁰⁰ *Ibid.*

⁷⁰¹ *Ibid.*

⁷⁰² *Ibid.*

⁷⁰³ *Ibid.*

⁷⁰⁴ A eficácia do ato administrativo. *Revista de direito administrativo*, vol. 61, p. 38.

⁷⁰⁵ *Ibid.*, p. 39, nota 84.

Entende-se que a divergência entre os autores restringe-se mais a um aspecto terminológico do que substancial. Embora Flávio Novelli exclua o exemplo da demolição urgente da categoria de excoatoriedade, reconhece este autor, em outra passagem do texto, que, “em casos de efetiva urgência”, “poderá a administração, sem ofensa ao princípio da legalidade, recorrer à execução coativa”.⁷⁰⁶ Ambos consideram que uma situação extraordinária, de risco iminente ao interesse público, pode dar ensejo à execução administrativa. Neste caso, prescinde-se do requisito da obrigação incumprida. A propósito, tamanha a excepcionalidade de tal circunstância, que o próprio pressuposto da legalidade não é exigido.

No entanto, cuida-se de hipótese que representa exceção, não prestante a afastar o requisito do descumprimento da obrigação pública pelo particular, haja vista a plena incidência dos princípios aludidos.

Verifique-se que a teoria geral do processo civil gira em torno de tal exigência. Com efeito, representa uma das condições da ação o interesse de agir, noção dentro da qual se encontra a “necessidade da tutela jurisdicional”, verificada na hipótese da “impossibilidade de obter a satisfação do alegado direito sem a intercessão do Estado”, “porque a parte contrária se nega a satisfazê-lo, sendo vedado ao autor o uso da autotutela”.⁷⁰⁷

Como se nota, para que alguém obtenha do Judiciário o reconhecimento de um direito, imprescindível demonstrar que a pretensão respectiva foi contrastada pelo outro. Na medida em que a autotutela é inviável, abrem-se as portas à via judicial. A Administração, contudo, segue um regime diferenciado. Encontrando óbice no adimplemento de uma obrigação pública pelo particular, cabível o exercício da autotutela, por meio da execução coativa. Assim, a denominada pretensão resistida comumente utilizada pelos processualistas civis equivale ao requisito ora abordado, a obrigação pública descumprida.

No mesmo sentido a doutrina espanhola:

La existencia de un acto administrativo ‘incumplido’ es la que justifica el ejercicio de la potestad de ejecución forzosa por parte de la Administración pública. El incumplimiento concurre a definir el supuesto de hecho que legitima el ejercicio de la potestad de ejecución forzosa.

(...)

⁷⁰⁶ A eficácia do ato administrativo. *Revista de direito administrativo*, v. 61, p. 38.

⁷⁰⁷ ARAÚJO CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, p. 260.

Únicamente después de comprobar la Administración que el obligado conocía el acto y que no lo ha cumplido, cabe hacer uso de la potestad de ejecución forzosa.⁷⁰⁸

Patente, portanto, a relevância do requisito vislumbrado.

5.4. Controle da autoexecutoriedade

Tão certa quanto a juridicidade do atributo da autoexecutoriedade é a possibilidade de seu controle. Os limites traçados ao exercício da execução administrativa representam balizas cuja observância é passível de verificação pelas diversas instâncias de revisão do ato administrativo.

Dentre os diversos mecanismos de controle admitidos pelo ordenamento jurídico, serão destacados o controle judicial e o administrativo.

5.4.1. Controle judicial

Como visto, vige no Brasil o sistema inglês, ou sistema da unidade de jurisdição, de tal forma que a função jurisdicional representa monopólio do Poder Judiciário, *ex vi* do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

A respeito, salienta Di Pietro que o “controle judicial constitui, juntamente com o princípio da legalidade, um dos fundamentos em que repousa o Estado de Direito”.⁷⁰⁹ Com efeito, imprestável seria a submissão da Administração à lei “se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitam apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados”.⁷¹⁰

Quanto ao momento, o controle judicial da autoexecutoriedade pode ser prévio, concomitante ou posterior ao exercício da execução administrativa.

⁷⁰⁸ Cf. BENACHES, Mercedes Lafuentes. *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la administración pública: Fundamento constitucional e régimen jurídico*. p. 69.

⁷⁰⁹ *Direito Administrativo*, p. 743.

⁷¹⁰ *Ibid.*

Evidentemente, o fato de o atributo autorizar a execução pela própria Administração, prescindindo de autorização judicial anterior, não afasta a possibilidade de controle “a priori” pelo destinatário do ato exequendo. Ou seja, a desnecessidade de intervenção prévia para que haja a efetivação da autoexecutoriedade não significa que se apresenta como incabível o controle prévio da prerrogativa. Escopo principal do princípio do devido processo legal é permitir ao particular a tomada de providências visando ao combate de uma atuação estatal indevida. Assim, percebe-se que os condicionantes ao exercício da execução coativa possibilitam este controle prévio à tomada de qualquer ato material pela Administração. É o que expressamente salienta Seabra Fagundes, que admite o controle jurisdicional em dois casos:

- a) procurado sustar ato lesivo, em via de execução, pelo emprego das sanções de efeito relativo (controle preventivo);
- b) intentando ação para ressarcir prejuízo decorrente de execução administrativa, quando a autoridade administrativa utiliza os meios coercitivos diretos, tenha ou não atribuição para tanto (controle *a posteriori*).⁷¹¹

No mesmo sentido encontra-se Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem a autoexecutoriedade “não afasta o controle judicial *a posteriori*, que pode ser provocado pela pessoa que se sentir lesada pelo ato administrativo, hipótese em que poderá incidir a regra da responsabilidade objetivo do Estado por ato de seus agentes”.⁷¹² Igualmente cabível ao particular “pleitear, pela via administrativa ou judicial, a suspensão do ato ainda não executado”.⁷¹³

Por conta desta ampla possibilidade de controle prévio, alguns autores afirmam que a garantia ao contraditório e à ampla defesa acabou por mitigar o atributo da autoexecutoriedade.⁷¹⁴ Porém, não se concorda com tal afirmação. A consolidação de garantias processuais em favor do administrado sobre o qual recairá a execução administrativa não permite inferir que o atributo em comento tenha se enfraquecido. O que se deu foi o incremento dos mecanismos que acabam por possibilitar o controle prévio da autoexecutoriedade. Assim, para evitar que a Administração promova uma execução coativa sub-reptícia, o ordenamento jurídico impõe à Administração que o particular seja previamente

⁷¹¹ *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, p. 274.

⁷¹² *Direito Administrativo*, p. 201.

⁷¹³ *Ibid.*, p. 194.

⁷¹⁴ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. (*Direito administrativo brasileiro*, p. 165). Diz o autor: “O reconhecimento da auto-executoriedade tornou-se mais restrito, em face do art. 5º, LV, da CF, que assegura o contraditório e a ampla defesa inclusive nos procedimentos administrativos”.

intimado de tal execução, de tal modo que o interessado possa tomar as providências visando ao combate da atuação estatal.

Assim, em qualquer caso de coação administrativa, o particular pode provocar o controle jurisdicional, buscando a sustação do ato lesivo em via de execução (controle preventivo) ou o ressarcimento dos prejuízos decorrentes da atuação administrativa (controle “a posteriori”).

Os instrumentos processuais para tanto são aqueles previstos na legislação ordinária. Além destes, cabível o manuseio por intermédio das ações específicas de controle da Administração, comumente denominadas “remédios constitucionais”⁷¹⁵. Destaque ao *habeas corpus*, ao mandado de segurança (individual ou coletivo), à ação popular e à ação civil pública.

Questionamento relevante refere-se à possibilidade de controle positivo da autoexecutoriedade. Assim, se é inquestionável que o controle judicial pode se dar pelo abuso no manuseio do atributo (controle negativo), indaga-se se a omissão no seu exercício é passível de verificação pelo Judiciário.

Para tanto, aproveita-se a discussão traçada no capítulo anterior, acerca da natureza vinculada ou discricionária da autoexecutoriedade.

Como visto, a expedição do ato autoexecutório representa o exercício de uma competência vinculada. Assim, verificado que o particular descumpriu uma obrigação pública, deve a Administração promover as medidas necessárias ao atingimento do interesse primário. Se não o fizer, ou seja, caracterizada a omissão administrativa, passível o controle pelo Judiciário.

Observe-se, contudo, que os meios de exercício da autoexecutoriedade representam, regra geral, uma faceta da discricção administrativa, motivo que impede o seu controle pelo Judiciário.

Caso exemplar se verificou no Judiciário paulista, referente ao exercício do poder de polícia das atividades irregulares. O Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou, no ano de 1997, diversas ações civis públicas em face do Município de São Paulo, requerendo a imposição de obrigação de fazer consistente da interdição dos estabelecimentos que se encontrassem em situação irregular, sem a devida licença de funcionamento. Cumpre notar

⁷¹⁵ Cf. DI PIETRO. *Direito Administrativo*, p. 754.

que o “Parquet” pleiteou que os fechamentos se dessem “por mão própria” da Administração, em razão de seu poder de polícia e do princípio da autoexecutoriedade dos atos administrativos.

Houve decisões afastando a caracterização da omissão administrativa, legitimando a atuação municipal, quer quanto à atuação autoexecutória do Poder Público, quer em relação ao ajuizamento de ações judiciais. Assim se manifestou o Tribunal:

Embargos infringentes – Ação Civil Pública – Tratando-se de faculdade de optar pelo acesso ao Judiciário, não é possível acolher o pedido inicial para que se imponha uma única via de ação, eleita pelo autor – Inexistência de ilicitude ou omissão por parte da Prefeitura. (Embargos Infringentes n. 155.015-5, rel. Des. Gamaliel Costa, j. em 11/02/2003).⁷¹⁶

No mesmo sentido o Acórdão cuja ementa se transcreve:

Ação Civil Pública – Cumprimento de Lei de Zoneamento – Princípio da auto-executoriedade – Inexistência de irregularidade ou ilegalidade da Administração de valer-se do Poder Judiciário para a decretação do fechamento dos estabelecimentos irregulares – Consiste a auto-executoriedade em um atributo pelo qual o ato administrativo pode ser posto em execução pela própria Administração Pública, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário – Artigo 5º, LV, da CF – Interesse do Município que não pode ser substituído pelo Poder Judiciário – Separação dos Poderes – Artigo 2º da CF – Recursos providos para julgar a ação improcedente. (Apelação cível n. 120.074-5, 8ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Toledo Silva, j. em 26/04/2000).

Outros Acórdãos acolheram parcialmente a pretensão ministerial, de tal maneira que restou reconhecido o seguinte: a Administração Pública, muito embora obrigada a atuar, pode fazê-lo da maneira mais conveniente ao interesse público, podendo optar pela via administrativa ou judicial.

De uma forma ou outra, seja por meio do Judiciário ou por sua própria iniciativa, a Administração não poderá mais se furtar a pôr em prática o que determinam as leis municipais, mas caberá a ela indicar os estabelecimentos em situação irregular, promovendo então, pela via administrativa ou pela via judicial, segundo o seu prudente arbítrio, a cessação das atividades daqueles

⁷¹⁶ O Acórdão recorrido havia acolhido a pretensão do Ministério Público, no seguinte sentido: “Ação civil pública – Meio processual adequado a constranger o Poder Público a dar cumprimento às normas da legislação urbanística, continuando para tanto a praticar atos de seu poder de polícia – Possibilidade de se exercer atos coercitivos sem necessidade de acesso ao Judiciário”. Saliente-se que, de acordo com o voto vencido, do Des. Osvaldo Magalhães, “não se verifica qualquer conduta ilícita ou omissa da Municipalidade, quer em razão das medidas administrativas já adotadas em relação aos imóveis relacionados, quer em razão da sua opção de promover as ações judiciais cabíveis para torná-las efetivas, ao invés de agir diretamente”.

em desacordo com a legislação. (Apelação cível n. 149.157/5, 4ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Brenno Marcondes, j. em 26/04/01).⁷¹⁷

Em síntese, pode-se verificar que o entendimento do Tribunal paulista deu-se no seguinte sentido: reconhecida a inexistência da omissão administrativa, incabível qualquer controle pelo Judiciário; caracterizada, porém, a desídia na atuação do Poder Público, legítima a imposição de obrigação de fazer, para que a Administração proceda ao exercício do poder de polícia. Observe-se que, no âmbito de ambos os posicionamentos, uniforme o entendimento de que a Administração exerce discricão na escolha do meio de cumprimento da legislação urbanística – se via administrativa (pelo manuseio da autoexecutoriedade) ou via judicial (por intermédio das respectivas ações).

Em linhas gerais, a tese adotada pelo tribunal paulista vai ao encontro daquela exposta logo acima. Inexiste discricão quanto à atuação administrativa. Esta representa uma função, consubstanciada na ideia de um dever de agir. No entanto, como regra geral, o modo de atuação não pode sofrer ingerência pelo Judiciário.

A única ressalva que se faz é o entendimento tomado pelo Judiciário paulista acerca do caráter facultativo da competência executória. De acordo com o entendimento adotado no presente trabalho (v. Capítulo 4), presentes os requisitos, vinculada está a Administração ao exercício da autoexecutoriedade, restando vedado o recurso ao Judiciário.

5.4.2. Controle administrativo

Controle administrativo representa “o poder de fiscalização e correção que a Administração Pública (em sentido estrito) exerce sobre sua própria atuação, sob os aspectos de legalidade e mérito, por iniciativa própria ou mediante provocação”.⁷¹⁸

A tal forma de controle costuma-se atribuir, no âmbito de uma mesma entidade administrativa, o “poder de autotutela”, “que permite à Administração Pública rever os próprios atos quando ilegais, inoportunos ou inconvenientes”.⁷¹⁹ Cumpre advertir, em

⁷¹⁷ No mesmo sentido a Apelação cível n. 137.392-5/0, 2ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Correa Vianna, j. em 8/08/00.

⁷¹⁸ Cf. DI PIETRO. *Direito Administrativo*, p. 726.

⁷¹⁹ *Ibid.*.

reiteração, que a autotutela também é compreendida como autoexecutoriedade, muito embora prevaleça doutrinariamente a primeira acepção.

Assim, com base na prerrogativa de revisão, a Administração pode anular seus atos, quando eivados de vícios, ou revogá-los, por razões de mérito.

5.4.2.1. Recursos administrativos

Os recursos administrativos representam o instrumento nodal do controle administrativo; “são todos os meios que podem utilizar os administrados para provocar o reexame do ato pela Administração Pública”.⁷²⁰

Encontram fundamento constitucional no art. 5º, incisos XXXIV e LV. O primeiro inciso refere-se ao direito de petição, pelo qual o particular pode provocar a manifestação dos órgãos públicos. O segundo garante o exercício do contraditório e da ampla defesa, corolários do princípio do devido processo legal.

Sobre esta forma de controle administrativo, acredita-se que duas considerações merecem destaque.

Em primeiro lugar, observa-se uma íntima relação entre a autoexecutoriedade e os efeitos do recurso administrativo. Com efeito, na medida em que o exercício da execução coercitiva implica na eficácia do ato administrativo, o efeito suspensivo atribuído a um recurso repercute no atributo, impedindo a sua continuidade.⁷²¹

Muito embora não seja intenção esgotar a matéria, dada a sua dificuldade,⁷²² tomam-se como necessárias algumas abordagens.

É cediço que predomina, no âmbito das legislações que disciplinam os recursos administrativos, o efeito meramente devolutivo, estabelecido como uma regra geral. “Porém, quanto ao efeito suspensivo o entendimento se inverte: a regra geral é a inexistência de efeito suspensivo, salvo determinação legal nesse sentido”.⁷²³

⁷²⁰ *Ibid.*.

⁷²¹ Cf. Sérgio FERRAZ e Adilson DALLARI, “‘Efeito suspensivo’ significa que a decisão recorrida tem sua eficácia suspensa, não podendo ser executada, até a decisão do recurso” (*Processo Administrativo*, p. 235).

⁷²² Advertem Sérgio FERRAZ e Adilson DALLARI: “Não obstante versada na recente legislação federal e estadual sobre processo administrativo, a questão dos efeitos do recurso administrativo hierárquico ainda é bastante complexa e está merecendo reflexão mais aprofundada” (*Ibid.*).

⁷²³ *Ibid.*, p. 235-6.

Acrescem-se a esta compostura legal disposições que atribuem ao administrador a competência para conferir efeito suspensivo aos recursos administrativos, na hipótese de configuração de dano irreparável ou de difícil reparação. Trata-se de fórmula consagrada, por exemplo, na Lei federal n. 9.784/98, art. 61, parágrafo único: “Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso”.⁷²⁴

A norma confere ao ato de atribuição de efeito suspensivo um caráter discricionário, de tal forma que a autoridade competente avalia, no caso específico, a plausibilidade da pretensão recursal (“*fumus boni iuris*”), bem como o perigo na demora (“*periculum in mora*”). A propósito, observa Cássio Scarpinella Bueno que, a despeito do dispositivo federal se referir expressamente apenas ao requisito do “*periculum in mora*”, não se pode prescindir do requisito atinente ao “*fumus boni iuris*”. Nesse sentido, “ao lado do *periculum in mora* referido *literalmente* pela lei *também* deverá demonstrar o recorrente, em alguma medida, a injuricidade do ato administrativo recorrido, indicativo da plausibilidade de que seu recurso será acolhido, afinal, pela instância revisora (*fumus boni iuris*)”.⁷²⁵

Muito embora algumas normas não prevejam a concessão de efeito suspensivo em tais hipóteses,⁷²⁶ salientam Sérgio Ferraz e Adilson Dallari que “situações existem nas quais a lógica, o bom senso e a preservação do interesse público exigem a concessão de efeito suspensivo ainda que não previsto expressamente em lei”.⁷²⁷

Em segundo lugar, cabível verificar a legitimidade da imposição de requisitos para o exercício do direito de recorrer no âmbito administrativo. Trata-se do instituto conhecido como “*solve et repete*”, muitas vezes associado com o tema da autoexecutoriedade.

Enterría e Fernández inserem o “*solve et repete*” na categoria de “autotutela em segunda potencia” ou “autotutela reduplicativa”.⁷²⁸ À autotutela primária típica da via

⁷²⁴ Da mesma forma a Lei estadual n. 10.177/98 (São Paulo), que impõe a regra geral do efeito meramente devolutivo, salvo quando “além de relevante seu fundamento, da execução do ato recorrido, se provido, puder resultar a ineficácia da decisão final” (inciso II). Assim também a Lei complementar estadual 33/96 (Sergipe), que reza em seu art. 45, §2º: “Com o fim de prevenir lesões de difícil, incerta, impossível ou retardada reparação ao recorrente ou à Administração Pública Estadual, a autoridade competente poderá, no despacho de recebimento do recurso, e motivadamente, declarar que o recebe no efeito suspensivo”.

⁷²⁵ *Recursos no Processo Administrativo*. In: *As Lei de Processo Administrativo*, p. 204 (itálico no original).

⁷²⁶ A exemplo da lei de processo administrativo do Município de São Paulo (Lei n. 14.141/06), nos termos do seu art. 36.

⁷²⁷ *Processo Administrativo*, p. 236.

⁷²⁸ *Curso de derecho administrativo*, pp. 523-525.

tributária ou sancionatória, se sobrepõe um segundo plano de autoproteção, representado por mecanismos de satisfação oblíqua da pretensão administrativa.⁷²⁹

De acordo com José Cretella Júnior, “a justificação da conhecida regra *solve et répete* encontra apoio no princípio da executoriedade, ou seja, o particular só pode discutir a intervenção administrativa depois de haver pago o tributo exigido”.⁷³⁰

Encontra-se de certa forma disseminada pelo ordenamento jurídico brasileiro a imposição do “solve et repete” (igualmente denominado “garantia de instância”), consistente na exigência de depósito prévio (ou arrolamento de bens e direitos) como condição de admissibilidade de recurso administrativo. Trata-se de matéria geralmente associada à aplicação de multas ou tributos e à sua respectiva discussão no âmbito do Poder Público. Assim, a título exemplificativo, caso o particular queira impugnar na seara administrativa uma sanção pecuniária aplicada pela CETESB (entidade que exerce o poder de polícia ambiental no Estado de São Paulo), deve recolher previamente o valor da multa cominada, conforme os ditames da Lei estadual n.º 997/79, art.º 10, parágrafo único.

Determinadas posições sinalizam pela impossibilidade de tal exigência, sob o argumento de que tal mecanismo representa uma forma autoexecutória de cobrança da dívida, em contrariedade ao manuseio compulsório da ação judicial pertinente – a execução fiscal.

Outros doutrinadores afastam a “garantia de instância”, baseando-se em argumentos outros, notadamente relacionados com o princípio do contraditório e da ampla defesa, bem assim com o direito de petição⁷³¹. Neste sentido se encontra Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que evoca a cláusula constitucional do direito de petição, independentemente do pagamento de taxas.⁷³² Para Sérgio Ferraz e Adilson Dallari, plena a inconstitucionalidade da exigência: “o processo administrativo rege-se pelo princípio constitucional do devido processo legal, que encampa o princípio (também constitucional) da ampla defesa”.⁷³³

⁷²⁹ Cf. Enterría e Fernández (*Curso de derecho administrativo*, p. 523-4). A expressão adotada pelos autores espanhóis não é compatível com o sistema brasileiro de cobrança das dívidas tributárias e não tributárias (notadamente as decorrentes da atividade sancionatória da Administração), que afasta a possibilidade do exercício da autoexecutoriedade.

⁷³⁰ *Do Ato Administrativo*, p. 100.

⁷³¹ Celso de Mello, em voto proferido no bojo do RE n. 388.359, elenca, dentre outros, os seguintes doutrinadores: Roque Antônio Carrazza (*Curso de Direito Constitucional Tributário*, 2006, p. 429), Sacha Calmon Navarro Coêlho (*Curso de Direito Tributário Brasileiro*, 2002, p. 784-791), Hugo de Brito Machado (*Curso de Direito Tributário*, 2005, p. 448), Alberto Xavier (*Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário*, 2005, p. 208). Acrescentem-se outros: Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz (“Processo Administrativo”, 2007, p. 217) e Heraldo Garcia Vitta (“Sanção Administrativa”, 2003, p. 105-106).

⁷³² *Direito administrativo*, p. 603.

⁷³³ *Processo Administrativo*, p. 217. Sérgio FERRAZ e Adilson DALLARI mencionam que o cenário jurisprudencial é marcado pelo dissenso, sendo que “a maioria (mas não esmagadora) se coloca em favor da

Em relação à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a posição anteriormente firmada na Corte Suprema propugnava pela legitimidade da garantia de instância. Assim se deu, por exemplo, no julgamento dos RE 210.246, RE 210.234, RE 210.380, RE 218.752, RE 224.958 e ADI 1.049. Em síntese, dentre outros argumentos suscitados pelos Ministros, restaram assentados que não há direito constitucional ao duplo grau de jurisdição na via administrativa, bem assim que a garantia de instância representa apenas um requisito de admissibilidade do recurso administrativo (e não o pagamento de taxa para exercício do direito de petição).

Ocorre que o entendimento do Supremo Tribunal Federal passou por radical alteração, de modo que a orientação hoje predominante, inclusive por unanimidade, reconhece a plena inconstitucionalidade do “solve et repete”, verdadeira “máxima fascista”, conforme síntese do Min. Eros Grau.

Tal se deu em março de 2007, ocasião em que foram julgadas diversas ações versando sobre o tema (RE 388.359, RE 389.383, RE 390.513 e ADI 1.976). Inserir tais Acórdãos na categoria dos paradigmáticos não seria exagero, vez que assinalam, de forma inequívoca, o entendimento hodierno da Corte Suprema. Os julgados que se sucederam mantiveram a orientação, como se nota pelos Acórdãos dos AI-AgR n.º 398.933 (DJ de 29.06.2007), RE-AgR n.º 504.288 (DJ de 29.06.2007), AI-AgR n.º 431.017 (DJ de 17.08.2007) e RE-AgR n.º 370.927 (DJ de 07.12.2007).

A argumentação gira na órbita de dois dispositivos constitucionais, tidos por violados diante da garantia de instância. Conforme o Min. Joaquim Barbosa (RE 388.359), exigir que o particular deposite determinada quantia como requisito ao exercício do direito de recorrer equivale, na prática, à supressão desse direito, o que afronta o princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV, CF). Ademais, o recurso administrativo está inserido na categoria “direito de petição” (art. 5º, inciso XXXIV, “a”, CF), assegurado independentemente do pagamento de taxa, esta entendida, segundo o Min. Cezar Peluso, no sentido lato de despesa, custo ou dispêndio. Outros fundamentos, com igual envergadura e matiz principiológica, foram suscitados, como os princípios da isonomia e da proporcionalidade.

Como se vê, muito embora a questão mereça solução por argumento alheio à autoexecutoriedade, acaba por repercutir neste atributo.

imposição de garantias recursais”. Em relação à posição do STF colacionada pelos autores, cabível advertir que o entendimento anteriormente adotado restou superado, como ainda será visto.

5.5. Casuística: autoexecutoriedade no âmbito vigilância epidemiológica (o combate ao mosquito transmissor da dengue)

Importante questão que se apresenta, pela sua relevância, é a possibilidade da tomada de medidas autoexecutórias relacionadas ao combate do mosquito transmissor da dengue. Alguns escritos têm sido publicados sobre o assunto, e todos eles levam em consideração aspecto fundamental: a questão da inviolabilidade do domicílio.

Como é cediço, vastos os campos nos quais é legítima a incidência da polícia administrativa. Dentre eles, destaca-se o da vigilância sanitária, que “abrange tudo quanto possa interessar à salubridade pública”,⁷³⁴ o que abarca “medidas de defesa e preservação contra doenças e moléstias de toda espécie”.⁷³⁵

Trata-se de matéria que assume estatura constitucional. Assim é que diversos dispositivos da Carta Magna disciplinam sobre saúde, dentre os quais se destacam os arts. 23, inciso II (competência comum para cuidar da saúde); 24, inciso XII (competência legislativa concorrente em relação à proteção e defesa da saúde) e 200, inciso II (competência do SUS atinente à execução de ações em vigilância sanitária).

No tocante à matéria que especificamente interessa – vigilância epidemiológica – sobreleva-se, em nível infraconstitucional, a Lei federal n. 6.259/75. Sobre o modo de atuação da polícia administrativa, dispõe o art. 13:

“Art. 13. As pessoas físicas e as entidades públicas ou privadas, abrangidas pelas medidas referidas no art. 12, ficam sujeitas ao controle determinado pela autoridade sanitária”.

Trata-se, como se vê, se preceito genérico que não confere, ao menos expressamente, o atributo da autoexecutoriedade nos casos ora analisados.

Como analisado em capítulo precedente, a existência de autorização legal é condição inafastável para o exercício da autoexecutoriedade. Mais do que isso, na hipótese presente, que envolve direito fundamental do particular, incabível que tal autorização seja razoavelmente implícita. Ela deve ser expressa.

⁷³⁴ Cf. Hely Lopes Meirelles (*Direito Municipal Brasileiro*, 2001, Malheiros, p. 452).

⁷³⁵ *Ibid.*

Partindo do pressuposto que tal norma exista, a única cautela exigida é a conformidade com a Constituição Federal, como expressamente prevê, v.g., o dispositivo da norma municipal colacionada, mormente em relação à garantia da inviolabilidade do domicílio, estampada no art. 5º, inciso XI (“a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”).

Cabível, previamente, investigar uma outra situação, qual seja, o exercício do poder de polícia sanitária sobre imóvel fechado ou abandonado. Neste caso, surge o questionamento: aplicável a garantia constitucional?

Representa condição necessária para uma resposta uma investigação denotativa do termo “casa”, aplicado pelo dispositivo constitucional.

Para tanto, o entendimento maciço se vale da noção utilizada pelo Direito Penal, em detrimento daquele do Direito Privado, por demais restritivo. Aliás, como assinalado por José Afonso da Silva, “o crime de violação de domicílio tem por objeto tornar eficaz a regra da inviolabilidade do domicílio”.⁷³⁶ Daí a necessária correspondência, conquanto alguns autores puguem a autonomia da noção de domicílio em nível constitucional. Segundo Dinorá Adelaide Musetti Grotti, em obra específica sobre o tema da inviolabilidade do domicílio:

A influência da norma constitucional para fins de interpretação da noção penalística de domicílio é perfeitamente avaliada quando se demonstra que a norma penal se coloca em estreita ligação com a disciplina constitucional do domicílio. Ou seja, toda a evolução da legislação, da doutrina e da jurisprudência mostra o conceito do Direito Penal absorvendo o conteúdo e refletindo a abrangência do Direito Constitucional.⁷³⁷

Nos termos do §4º do art. 150 do Código Penal de 1940, tipificador do crime de violação de domicílio:

§4º. A expressão ‘casa’ compreende:

I – qualquer compartimento habitado;

II – aposentado ocupado de habitação coletiva;

III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

⁷³⁶ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 436.

⁷³⁷ *Inviolabilidade do Domicílio na Constituição*, p. 70.

O inciso I acima transcrito indica critério precípua para a correta compreensão da garantia: a casa deve ser habitada. Significa isso dizer que no local exige-se uma ocupação humana, que pode ser individual ou coletiva, transitória ou permanente.

Nos termos da jurisprudência:

Violação de domicílio – Delito não caracterizado – Casa desabitada – Absolvição mantida – Inteligência do art. 150 do Código Penal. (...)

Não caracteriza o crime de violação de domicílio a entrada em casa desabitada” (in RT 396/368).

Violação de domicílio – Inocorrência – Casa abandonada – Acusados que penetram em almoxarifado situado em quintal – Absolvição mantida – Inteligência do art. 150, §1º, do Código Penal” (in RT 469/411).

Corroborando com o quanto exposto o próprio bem jurídico tutelado na inviolabilidade do domicílio. Como assinala José Afonso da Silva, “o objeto da tutela não é propriedade, mas o respeito à personalidade, de que a esfera privativa e íntima é aspecto saliente”.⁷³⁸

Uma ressalva. A nota de que o local deve ser habitado não significa que seja necessária para a caracterização do crime a presença dos moradores no momento do fato. Existe entendimento segundo o qual “é ocupada (habitada) a casa que alguém possui em uma estação balneária e que a maior parte do ano fica sem moradores” (RT 557/353).

Entretanto, na hipótese de nenhuma lei conferir à Administração a competência executória, a situação de urgência autorizaria a invocação do atributo (v. Capítulo 4). Assim, a existência de epidemia na região sobre o qual incide a fiscalização pode ensejar a configuração da situação emergencial a justificar a tomada de medida executória. Vale salientar, como dado específico, que o ciclo de reprodução do mosquito transmissor da dengue – “*Aedes aegypti*” – varia entre 7 a 11 dias. De tal sorte que pode se apresentar como insuficiente o tempo entre o início da fiscalização epidemiológica e o ajuizamento de eventual medida judicial. Como sói evidente, trata-se de situação que merece pronta atuação da Administração quanto no exercício da polícia administrativa epidemiológica.

Quanto à hipótese da fiscalização sobre imóvel habitado, relevante ter-se em conta a ressalva constitucional levantada, atinente à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, inciso XI). Com base neste dispositivo, poder-se-ia concluir que a fiscalização sobre um imóvel habitado em que restasse constatada a existência de foco de dengue dependeria necessariamente de uma ordem judicial. Isso porque nenhuma das exceções elencadas no dispositivo

⁷³⁸ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 436.

constitucional (flagrante delito, prestação de socorro ou desastre) se aplicaria ao presente caso. Trata-se, efetivamente, da hermenêutica mais cômoda.

No entanto, atreve-se, se não discordar, ao menos lançar mão de uma outra interpretação, autorizadora da autoexecutoriedade no caso mesmo de imóvel habitado.

Carlos Ari Sundfed parte da premissa segundo a qual “a validade de uma medida sanitária é determinada pela importância do interesse que tutela, não pelo tipo ou grau de constrição que produz sobre o indivíduo”. Para daí concluir que “que o acesso compulsório aos ambientes privados pelos agentes da vigilância epidemiológica, incumbidos do programa de combate à dengue, não depende de autorização judicial a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição Federal”.⁷³⁹

Já para Adilson Abreu Dallari e Maria Sylvia Zanella Di Pietro impõe-se, para tanto, o requisito da urgência da medida, do perigo público iminente decorrente da concreta situação epidemiológica. A lição, evidentemente, tem por escopo adequar-se às exceções estampadas no art. 5º, inciso XI.

Ensina Dalmo de Abreu Dallari:

Se houver situação de absoluta emergência, equiparável àquela enfrentada pelos bombeiros chamados a debelar um incêndio, ou então à enfrentada por agentes policiais na sequência imediata da perseguição de um criminoso, será legalmente justificável o uso de meios materiais para consecução dos objetivos de vigilância. Entre esses meios poderão ser considerados o uso de profissionais especializados na abertura de portas ou mesmo o arrombamento se necessário. É absolutamente necessário ter em conta, entretanto, que tais meios só poderão ser utilizados com justificativa razoável, quando houver emergência absoluta, havendo o risco de graves danos à segurança sanitária se não houver um ação imediata.⁷⁴⁰

Na mesma esteira Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O essencial para evitar a responsabilidade é, de um lado, a certeza do perigo iminente, comprovada por meios técnicos adequados; de outro, a moderação nos meios de agir, para evitar dano maiores do que aqueles que se pretende impedir com as medidas de polícia.

⁷³⁹ *Vigilância Epidemiológica e Direitos Constitucionais*. In: *Revista de Direito Sanitário*, vol. 3, n. 2, p. 105.

⁷⁴⁰ Normas gerais sobre saúde: cabimento e limitações. In: *Programa nacional de controle da dengue, amparo legal à execução das ações de campo*, p. 53.

O ideal, para escapar à responsabilidade, é o recurso à via judicial, sempre que não haja risco comprovado e iminente de dano.⁷⁴¹

Não se pode deixar de dar razão a tais entendimentos. Neste caso, salutar a aplicação do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. Ou seja, haja vista os interesses em jogo, e configurada a situação de urgência (leia-se, estado de necessidade), cabível o exercício autoexecutória da polícia administrativa, mesmo diante de imóvel habitado.

Nesse sentido encontra-se Luís Manoel Fonseca Pires⁷⁴² e Raquel Melo Urbano de Carvalho. De acordo com esta autora:

Situações outras em que a urgência do contexto torna possível justificar ação autoexecutória em face de domicílios. Não se pode ignorar, p.ex., a gravidade da realidade vivida por algumas cidades no tratamento preventivo e repressivo da dengue, epidemia que já vitimou, inclusive de modo fatal, inúmeras pessoas. Mostra-se necessária a intervenção direta de agentes sanitários nas casas e imóveis em que se encontra água parada, nas quais as larvas do mosquito transmissor da dengue se desenvolvem, nenhuma dúvida paira sobre a possibilidade da ação administrativa autoexecutória, mormente se assegurado o devido processo legal e a ampla defesa, com notificação preliminar do proprietário do bem. O uso de meios direitos de coerção tem fundamento no próprio direito à vida e à integridade física de toda a população, dependente do combate efetivo pelo Poder Público.⁷⁴³

Evidentemente, o mesmo princípio que legitima tal medida administrativa (já que a razoabilidade e a proporcionalidade representam, além da proibição do excesso, a vedação à inação administrativa), condiciona o modo de sua execução. De tal sorte que a fiscalização deve-se restringir aos locais da residência que efetivamente representarem focos do mosquito transmissor da dengue. Incidente o requisito da necessidade, subprincípio da proporcionalidade.

⁷⁴¹ Abrangência e limites da atividade de ordenação da Administração Pública em matéria de saúde pública. In: *Programa nacional de controle da dengue, amparo legal à execução das ações de campo*, Brasília, dez. 2002, Ministério da Saúde e Fundação Nacional de Saúde, p. 64.

⁷⁴² *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*, pp. 215-218.

⁷⁴³ *Curso de Direito Administrativo*, p. 401.

SÍNTESE CONCLUSIVA

A autoexecutoriedade representa uma das competências mais incisivas da Administração, motivo que, *per se*, enseja um estudo específico sobre o tema. Por mais que a doutrina e os manuais de Direito Administrativo tenham se debruçado sobre o atributo, verifica-se que muitos dos aspectos a ele relacionados acabaram por serem olvidados.

De início, convém ressaltar que a função administrativa e a função judicial assumem relevante ponto em comum, atinente ao exercício de execução dos comandos normativos. A divisão das funções proposta por Hans Kelsen evidencia a similitude.

Por óbvio, tal característica não se presta a tornar equivalentes ditas funções. Características de ordem formal permitem distingui-las. Dentre elas, destaque para a inserção em uma estrutura hierárquica, do que decorre a dependência orgânica. Estas as notas típicas da função administrativa, não observadas, de maneira predominante, na função judicial. E assumem relevância fundamental, por representarem o fundamento que confere à função judicial uma feição garantística.

Em relação aos aspectos terminológicos, a despeito do dissenso que ainda se observa no cenário doutrinário nacional, sobretudo em relação aos atributos do ato administrativo, cabível assinalar que deve prevalecer, pela utilidade, a divisão entre imperatividade, executoriedade e autoexecutoriedade. Entende-se que a aposição do prefixo “auto” ao termo “executoriedade” melhor contextualiza o atributo, demonstrando que a competência executória é exercida pela própria Administração. Quanto ao vocábulo autotutela, entende-se que merece uma acepção mais ampla, abarcando a competência executória administrativa.

No que se referente ao direito comparado, o tema da autoexecutoriedade (independentemente da terminologia adotada em cada país) sempre mereceu atenção pelos juristas, sobretudo no sistema europeu-continental. Do estudo que se procedeu do direito alienígena, foram extraídas algumas conclusões.

Em primeiro lugar, em relação à execução via administrativa, verifica-se, a despeito dos fundamentos antitéticos, uma aproximação geral entre o sistema anglo-saxão e o sistema europeu-continental. O primeiro, originário de uma mentalidade baseada na desconfiança do Executivo, ao longo do tempo passou a compreender como necessário o manuseio do atributo em diversas situações. O segundo sistema, advindo de influência oposta (desconfiança do

Judiciário), vem progressivamente, sobretudo no âmbito doutrinário, suscitando limites ao exercício da execução administrativa.

Em segundo lugar, as influências do direito alienígena em relação ao direito brasileiro são marcantes. Basta verificar a repercussão das lições francesas nos doutrinadores nacionais, que inclusive se valem do conhecido *arrêt Société immobilière de Saint-Just*, a par da utilização rotineira das expressões *privilège du préalable*, *privilège d'action d'office* e *exécution forcée*.

Aliás, com base nisto, algumas lições mais recentes apontam para um paradoxo: a influência anglo-saxã no direito público brasileiro é incompatível com o predomínio do atributo da autoexecutoriedade, advindo do sistema europeu-continental. No entanto, não se acredita que a influência dos dois sistemas no direito brasileiro, algo inegável, tenha acabado por desprestigiar a autoexecutoriedade. Como já concluído, a aproximação entre os sistemas, no que se refere à execução administrativa, é extreme de dúvida.

Em terceiro lugar, nota-se nos países filiados ao sistema europeu continental, sobretudo na Espanha e em Portugal, a concomitância entre, de um lado, uma crescente doutrina pregando a mitigação do poder decorrente da execução administrativa, e, de outro, o incremento de normas que generalizam o seu exercício.

Um dos desentendimentos mais relevante que se observa na doutrina brasileira é o fundamento da autoexecutoriedade. Basicamente, verificam-se duas posições: aqueles para quem a execução administrativa é um princípio, de modo a sempre acompanhar o ato administrativo, bastando este para legitimá-la; e, em posição contrária, aqueles para quem imprescindível, como regra geral, autorização legal para o exercício da competência executória.

Entende-se que a razão se encontra com a segunda posição, mais adequada com o conteúdo do princípio da legalidade no atual Estado Democrático de Direito. Impensável que uma atuação administrativa com tal postura prescindia de lei que o autorize. Neste sentido, a distinção procedida pelo direito estrangeiro é de grande utilidade: deve-se apartar o momento de declaração do ato (autotutela declaratória) do momento de sua execução (autotutela executória), exigindo-se, para cada qual, autorização legal.

Além do permissivo legal, a doutrina, de forma maciça, também elenca a urgência como fundamento para o exercício da autoexecutoriedade.

Algumas vozes questionam a legitimidade da execução administrativa, sob o argumento de sua inconstitucionalidade. De acordo com tal entendimento, inexistente qualquer fundamento elencado na Constituição que justifique o atributo. Ao contrário, a marca garantística da Carta Magna acaba por depor contra a autoexecutoriedade, o que abala a sua sustentação no ordenamento. Observam alguns juristas que se apresenta como incabível a evocação do princípio da supremacia do interesse público, na medida em que a atual compreensão do direito público repele este postulado.

Discorda-se de tal entendimento. O fundamento constitucional da autoexecutoriedade está assentado sobre o princípio da supremacia do interesse público, postulado ainda integrante do regime jurídico-administrativo, presente de modo implícito na Constituição. Igualmente a legalidade constitui preceito que autoriza o manuseio da execução forçada, representando, a um só tempo, seu fundamento e limite.

Desta forma, duas são as hipóteses que autorizam a autoexecutoriedade:

(i) Previsão legal. Admite-se, neste caso, a autorização razoavelmente implícita, como é a hipótese de autotutela do domínio público.

(ii) Situação de urgência, compreendida no âmbito do estado de necessidade, que representa uma urgência qualificada pelo perigo que se apresenta.

Cabível assinalar que o exercício da competência executória assume caráter vinculado quanto ao dever de atuação. Ou seja, presentes os requisitos, a Administração deve proceder às medidas autoexecutórias visando ao atendimento da obrigação pública descumprida pelo particular. Consigne-se que, regra geral, inexistente discricionariedade no tocante ao meio de executar a obrigação pública (se autoexecutório ou se judicial), já que a execução administrativa encerra a ideia de função, que corresponde a um dever de atuação neste sentido. No entanto, em relação ao modo de atuação autoexecutória, verifica-se a incidência da competência discricionária.

O estudo da autoexecutoriedade não seria suficiente sem a análise de seus limites. Uma das principais balizas do atributo assenta-se, como já afirmado, na legalidade.

Mas não constitui apenas a lei o limite para a competência executória. Outros se apresentam. A obediência ao devido processo legal, do qual decorrem outros princípios, representa o maior deles. De acordo com o seu aspecto processual, impõe-se o contraditório e a ampla defesa, imprescindíveis ao manuseio da força. Já no tocante à sua feição substancial, a razoabilidade e proporcionalidade constituem parâmetros da autoexecutoriedade.

Com base nisto é que se defende a imprescindibilidade de alguns requisitos para o exercício da execução administrativa. São eles: (i) ato administrativo prévio; (ii) notificação do particular; (iii) descumprimento da obrigação pública pelo particular.

O controle da autoexecutoriedade se dá pelos mecanismos típicos do Direito Administrativo. De um lado, o controle administrativo, com destaque para o recurso administrativo, que, apesar de não possuir efeito suspensivo como regra geral, admite que a eficácia seja suspensa em algumas situações. De outro, o controle judicial, pelos meios processuais, ordinários e especiais, previstos pelo ordenamento. Dentre os mecanismos de controle, acata-se inclusive a omissão do Poder Público, com a imposição de uma obrigação de atuar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADAMS, John Clark. *El Derecho Administrativo Norteamericano*. Buenos Aires: Eudeba, 1964.
- ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Trad. da 3. ed. italiana por Buenaventura Pellisé Prats, Barcelona: Bosch, 1970, Tomo I.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. *Extinção do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- _____. “O princípio da eficiência no direito administrativo”. In: Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 14, junho-agosto, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12 de dezembro de 2008.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2006, v. II.
- _____. *Última lição: A evolução do direito administrativo nos últimos 50 anos*. Coimbra: Almedina, 2007.
- ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 2. ed. atual. por Rodolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- ÁVILA, Humberto. “Repensando o ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o privado’”. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 24, 1998, pp. 159-180.

_____. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discrecionariiedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

_____. “Conflito entre União e Estado – apoderamento pela União, sem recorrer ao judiciário, de recursos tributários que a constituição declara pertencentes aos Estados, para saciar-se de alegados créditos – inviabilidade”. In *Revista Trimestral de direito público*, nº 33, São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 74-77.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. v. I.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROS JÚNIOR, Carlos S. de. *Do poder disciplinar na administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, pp. 1-49, abr./jun. 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BENACHES, Mercedes Lafuente. *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la administración pública: Fundamento constitucional e régimen jurídico*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1992.

BÉNOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Paris : Dalloz, 1968.

BEZNOS, Clovis. *Poder de polícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

- BIELSA, Rafael. *Compendio de derecho administrativo*. 2. ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1957.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Especial*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. rev. trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- BORGES, Alice Gonzalez. “Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?”. In *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 3, julho/setembro 2006.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BUENO, Cássio Scarpinella. “Os recursos nas leis de processo administrativo federal e paulista: uma primeira aproximação”. In: *As Lei de Processo Administrativo*, Carlos Ari Sundfeld e Guillermo Andrés Muñoz (coord.), São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 187-226.
- CAETANO Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, Lisboa, 1963.
- _____. *Manual de Direito Administrativo*. 10. Ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- CARDOZO, José Eduardo Martins. “A auto-executoriedade dos atos da Administração Pública e o mandado de segurança”. In *Revista do advogado*, vol. 21, nº 64, São Paulo, out. 2001.
- CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1973.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 20. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- _____. *Processo administrativo federal: comentários à lei nº 9.784 de 29/01/1999*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: JusPodivm, 2008.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 6. ed. atual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

_____. *La ejecutoriedad del Acto Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CHAPUS, René. *Droit administratif général*. 13. ed. Paris : Montchrestien, 1999.

CORREIA, Fernando Alves. *Alguns conceitos de direito administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, José *Do ato administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. “Da autotutela administrativa”. In *Revista de direito administrativo*, vol. 108. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, abril/junho, 1972. p. 47-63.

_____. *Direito administrativo comparado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____. “Princípios Informativos do direito administrativo”, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 93.

CUESTA, Rafael Entrena. *Curso de derecho administrativo*. 5. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1976.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. “Normas gerais sobre saúde: cabimento e limitações”. In: *Programa nacional de controle da dengue, amparo legal à execução das ações de campo*, Brasília, dez. 2002, Ministério da Saúde e Fundação Nacional de Saúde, pp. 41-54.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Discrecionalidade administrativa na constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Parcerias na Administração Pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DIEZ, Manuel María. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Omeba, 1971, tomo II.

DROMI, Jose Roberto. *Acto administrativo: ejecución, suspección y recursos*. Córdoba: Machhi, 1973.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 12. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2004. v. I.

FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 7. ed. atual. Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERRAZ, Sérgio. “Extinção dos Atos Administrativos: algumas reflexões”. In *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 231, pp. 47-66, jan./mar.2003.

_____ e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FERREIRA, Sergio de Andréa. *Direito administrativo didático*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. *Lições de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1972.

FIGUEREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

FIORINI, Bartolomé. *Derecho Administrativo*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976, vol. I.

FLEINER, Fritz. *Instituciones de derecho administrativo*. trad. 8. ed. alemã Sabino A. Gendin. Barcelona: Labor, 1933.

FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. trad. 5. ed. alemã Legaz Lacambra; Garrido Falla e Cómez de Ortega y Junge. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.

FREITAS, Ney José de. *Ato administrativo: presunção de validade e a questão do ônus da prova*. Belo Horizonte: Forum, 2007.

FROTA, Hidemberg Alves. “O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Positivo comparado: expressão do interesse geral da sociedade e da soberania popular”. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 239, pp. 45-65, jan./mar 2005.

GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de derecho administrativo*. 11. ed. Madrid: Tecnos, 1989. v. I.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 13. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. 3. ed. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993. v. 2.

GOMES, Carla Amado. *Contributo para o estudo das operações materiais da administração pública e do seu controlo jurisdicional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

GORDILLO, Agustín. *Después de la Reforma del Estado*. Buenos Aires: Fundación del Derecho Administrativo, 1998, Capítulo 5I.

_____. *Tratado de derecho administrativo*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003. Tomo 3 (El acto administrativo).

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. “Interdição de estabelecimento: Lei delegada 4/62 - executoriedade do ato administrativo – direito de defesa”. In *Revista dos Tribunais*, v. 76, n. 615, São Paulo, jan. 1987, p. 32-7.

GRECO FILHO, Vicente. A extinção da ação cominatória no código de processo civil de 1973 e a executoriedade do ato administrativo. *Justitia*, v. 29, n. 96, São Paulo, jan./mar. 1977, p. 25-33.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. “Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa”. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 3, n. 12, São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/setembro, 1995, p. 84-115.

_____. “Devido processo legal e o procedimento administrativo”. In *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 18, 1997, p. 34-43.

_____. *Inviolabilidade do domicílio na constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

GUERRA, Sérgio. "Discrecionalidade Técnica e Agências Reguladoras - Uma Abordagem em Sede Doutrinária e Pretoriana". In: *Direito Administrativo - estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Fábio Medina Osório e Marcos Juruena Villela Souto* (orgs.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

HAURIOU, Maurice. *Précis élémentaire de droit administratif*. 4. ed. Paris : Sirey, 1938.

HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro, Objetiva, 2001.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1988, vol. 4.

JEZE, Gaston. *Los principios generales del derecho administrativo*. trad. rev. ampl. Carlos Garcia Oviedo da 2. ed. francesa. Madrid: Reus S.A., 1928.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 2. ed. trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

_____. *Teoria pura do direito*. trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

KRELL, Andreas J. *Discrecionalidade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. 15. ed. Paris : L.G.D.J, 1999. t. 1.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed. rev. por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

LINARES, Juan Francisco. *Fundamentos de derecho administrativo*. Buenos Aires: Astrea, 1975.

LONG, Marceau ; WEIL, Prosper ; BRAIBANT, Guy ; DEVOLVÉ, Pierre ; GENEVOIS, Bruno. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 12. ed. Paris : Dalloz, 1999.

LOPES, Tomás de Vilanova Monteiro. “A execução forçada do ato administrativo unilateral”. In *Revista de direito administrativo*, v. 45. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, julho/setembro, 1956. p. 605-608.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica: arts. 461, CPC e 84, CDC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MÁRIO FILHO, Carlos. “Auto-executoriedade e prudência administrativa”. In *Revista Trimestral de direito público*, v. 94, n. 5, São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 143-51.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação Estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. 14. ed. rev. e compl. trad. de Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. trad. francês Heracio Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1949.

MEDAUAR, Odete. “Há polícia administrativa entre poderes?” In *Boletim de Direito Municipal*. São Paulo: NDJ, julho, 1988, p. 410-412.

_____. “Auto-executoriedade do ato administrativo”. In *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, julho, 1986, p. 515-519.

_____. *Direito administrativo moderno*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. “Ato Administrativo – Auto-executoriedade” (parecer). In *Estudos e pareceres de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 8.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Direito municipal brasileiro*. 12. ed. atual. por Célia Marisa Prendes e Márcio Schneider Reis. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico (plano da existência)*. São Paulo: Saraiva, 8ª edição, 1998.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: As sanções administrativas à luz da constituição federal de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. Madrid: Editorial Revista de derecho privado, 1935.

MIRANDA, Jorge. “Funções do Estado”. In *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 189, p. 85-99.

MODESTO, Paulo. “Função administrativa”. In *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 2, pp. 211-224, 1993.

_____. “Notas para um Debate sobre o Princípio da Eficiência”. In *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 31.

MONTE ALEGRE, Sérgio. “Desapropriação: o artigo 7º do Decreto-lei 3.365/41 e a inviolabilidade do domicílio”. In *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 12, p. 16-18.

MONTEIRO, Washington de Barros. “A defesa possessória do patrimônio imobiliário do estado”. In *Revista da procuradoria geral do estado de São Paulo*, n. 12, São Paulo, junho, 1978. p. 433-444.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann. *O Processo Administrativo (princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999)*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOREIRA, João Batista Gomes. “Regime jurídico do domínio público”. In *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª região*, v. 1, nº 1, Brasília: TRF 1ª região, outubro/dezembro, 1989, p. 6-20.

MUKAI, Toshio. *Direito Administrativo Sistematizado*, 2. ed., São Paulo: Quartier Latin, 2008.

NARDO, Alceu di. “Auto-executoriedade do ato de polícia”. In *Revista de direito público*, n. 18, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 183-189.

NOVELLI, Flávio Bauer. “A eficácia do ato administrativo”. In *Revista de direito administrativo*, v. 60 e 61. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, abril/junho e julho/setembro, 1960.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. “A executoriedade dos atos administrativos”. In *Boletim de direito administrativo*, n. 3, São Paulo: NDJ, março, 2001, p. 180-187.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

OLIVEIRA, Mário Esteves de; GONÇALVES, Pedro Costa; AMORIM, J. Pacheco de. *Código do procedimento administrativo*. 2. ed. 6. reimp. Coimbra: Almedina, 2006.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato administrativo*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. “Executoriedade dos atos administrativos”. In *Revista dos Tribunais*, v. 684, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 44-46.

_____. *Infrações e sanções administrativas*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. “Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro”. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 220, pp. 69-107, abr./jun. 2000.

PARADA, Ramón. *Derecho administrativo*. 12. ed. Madrid: Marcial Ponds, 2000.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Da Reforma Administrativa Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEREZ, Jesus Gonzalez. *Derecho procesal administrativo*. 2. ed. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1966, tomo I.

_____. *El procedimiento administrativo*. Madrid: Abella, 1964.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção administrativa geral: Anatomia e autonomia*. Coimbra: Almedina, 2005.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. “A Teoria do “Desvio de Poder” em Direito Administrativo”. In *Revista de Direito Administrativo*. n. 6. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, outubro, 1946, p. 41-78.

RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. trad. José Cretella Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Direito administrativo*. Trad. Rogério Ehrhardt Soares, Coimbra: Almedina, 1981.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. “Conceito de urgência no direito público brasileiro”. In *Revista Trimestral de direito público*, n.º 1, São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p. 233-254.

_____. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação: à luz da doutrina e da jurisprudência*. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Ações cominatórias no Direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1973. t. II.

SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Coord. Daniel Sarmento, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Almiro do Couto. “O princípio da segurança jurídica”. In *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 237, p. 271-315, jul./set. 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. “O Proporcional e o Razoável”. In *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, pp. 23-50, abr. 2002.

SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. *Ato administrativo inválido*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. *Vigilância Epidemiológica e Direitos Constitucionais*. In: *Revista de Direito Sanitário*, vol. 3, n. 2, julho de 2002.

TÁCITO, Caio. *Presença norte-americana no direito administrativo brasileiro*. In: *Temas de direito público. Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, vol. 1

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 2001.

VEDEL, Georges. *Droit Administratif*. 4. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1968.

VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. “Aspectos do Conselho Nacional de Justiça”. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 43, pp. 96-106, 2003.

ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. *O princípio da impessoalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ZANOBINI, Guido. *Curso de derecho administrativo*. Trad. da 5ª ed. italiana por Héctor Masnatta, Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1954. v. I.