

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Leonardo de Mello Gonçalves

Limites da autoexecutoriedade do poder de polícia

MESTRADO EM DIREITO

**São Paulo
2010**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Leonardo de Mello Gonçalves

Limites da autoexecutoriedade do poder de polícia

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito do Estado, na subárea de Direito Administrativo, sob a orientação da Professora Doutora Dinorá Adelaide Musetti Grotti.

**São Paulo
2010**

Autorizo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação por processos fotocopiadores ou eletrônicos, desde que citada a fonte.

São Paulo, 30 de março de 2010.

Banca Examinadora

*A Deus,
que me ajudou a superar os momentos de
maior dificuldade.*

*A meu filho(a),
que está chegando e já é muito amado (a).*

*A todas as pessoas que sonham,
pois esse é o primeiro passo, mas estudar e
trabalhar são o caminho.*

Agradecimentos

Aos meus queridos pais, Maria Silvia e Felisberto, cujo amor, apoio e dedicação foram fundamentais para me fazer a pessoa que sou.

Aos meus irmãos, Cacá e Murillo, cuja amizade e apoio foram essenciais para superar os medos e as incertezas do caminho.

À Ana Paula, pelo incentivo de todos os momentos e pelo tempo de convívio roubado.

À memória das minhas avós, exemplos de vida, pela torcida constante.

À minha orientadora Dra. Dinorá Adelaide Musetti Grotti, por sua extrema dedicação e persistência, não me deixando desistir.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é a análise da autoexecutoriedade do ato administrativo, investigando as hipóteses e os limites para sua utilização, dentro de um contexto de redefinição do Direito Administrativo, à luz do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais.

Fácil é perceber que referido atributo se apresenta com maior intensidade no exercício do poder de polícia, que é a parcela da função administrativa disciplinadora da liberdade e da propriedade dos indivíduos, adequando-as à vida em sociedade, mediante a imposição de limites (deveres de não fazer) e encargos (deveres de fazer), de modo preventivo ou repressivo. Isso significa que a própria Administração pode, por si mesma, executar a pretensão traduzida no ato de polícia, sem necessidade de buscar as vias judiciais para obtê-la.

A utilização da autoexecutoriedade pela Administração não implica, de forma alguma, em violação ao princípio da inafastabilidade do Judiciário, fixado no art.5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, pois o administrado pode a ele recorrer para, conforme o caso, impedi-la ou sustá-la, diante do abuso ou da inobservância das condições para a presença desse atributo.

É que a Administração exerce função administrativa e, em consequência, está adstrita a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem (a coletividade) e não interesses ou conveniências de seu próprio organismo e, muito menos, o dos agentes estatais. Assim, a autoexecutoriedade ou quaisquer outras prerrogativas são apenas instrumentais utilizados se, quando e na medida indispensável para atingir os interesses públicos.

Enfim, num Estado Democrático de Direito, como o brasileiro, a Constituição Federal apresenta um sistema normativo de atribuição de competências para a atuação estatal, existindo, também, limitações a essa atuação, justamente com o rol (não-exaustivo) dos direitos e garantias fundamentais que servem de proteção aos cidadãos. Encontrar os limites da atuação do Estado que esbarram naqueles direitos e garantias é tarefa necessária para encontrar a justa medida da atuação do Estado e afastar a violação de direitos fundamentais arduamente conquistados.

Palavras-chave: Poder de polícia. Autoexecutoriedade. Limites. Princípios.

ABSTRACT

The goal of this work is to do an analysis of the administrative act self execution, verifying the hypothesis and the limits for its usage, in the context of redefining Administrative Law according to Democratic State of Law and fundamental rights.

It is easy to notice that a referring point appears more intensively in police power actions which are the disciplinary administrative functions of citizens' liberty and properties. Those functions rule their lives in their communities by imposing limits (what not to do) and enforcing duties (what to do) in a preventing or repressive way.

It means that Administration itself can, on its own, execute police actions, without having to recur to juridical procedures.

The application of self execution by Administration does not mean a violation of Judiciary inseparability principle that is showed in the 5th article – 35th item of the 1988 Federal Constitution because the subject can appeal to impede it or even cancel the action. Moreover in case of overpowering or non accordance with the conditions to perform such action it can be suspended or canceled.

The fact is that Administration executes administrative function and so it must satisfy public interests (of the community) and not interests or preferences of its own organization or state agents. Therefore self execution or any other related items are only instruments to be used to achieve public interests by observing the right opportunity and the right measure to do it.

Concluding, in a Democratic State of Law, similar to that followed in Brazil, the Federal Constitution presents a normative system of duties attribution which leads the state work. And there are also limits for that work based on the list of rights and fundamental guarantees that represents citizens' protection. Finding limits to state work and not allow that it can affect citizens' rights and guarantees is a necessary action to show the state fair actuation and to impede the violation of fundamental rights that were hardly achieved.

Keywords: Police Power. Self execution. Limits. Principles.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 AS FUNÇÕES ESTATAIS E O ATO ADMINISTRATIVO	12
2.1 Função administrativa	12
2.2 Atos Administrativos	20
2.2.1 Dos atos e fatos jurídicos	20
2.2.2 Atos privados e atos administrativos	22
2.2.3 Identificação do ato administrativo	26
2.2.4 Elementos e pressupostos dos atos administrativos	30
3 PODER DE POLÍCIA	36
3.1 Evolução	36
3.2 Fundamento do poder de polícia	41
3.3 Ambiguidade do termo poder de polícia. Identificação do objeto	44
3.4 Conceito legal	55
3.5 O poder de polícia como atividade vinculada ou discricionária	57
3.6 Atributos dos atos expedidos no exercício do poder de polícia	60
4 CONTRIBUIÇÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO PARA O EXAME DA AUTOEXECUTORIEDADE	65
4.1.1 Direito francês	67
4.1.2 Direito alemão	74
4.1.3 Direito italiano	77
4.1.4 Direito espanhol	80
4.1.5 Direito português	83
4.1.6 Direito argentino	85
4.1.7 O sistema anglo-saxão	87
4.1.8 Convergências entre os sistemas continental-europeu e anglo-saxão	90
5 DIREITO BRASILEIRO	92
5.1 Hipóteses legais de autoexecutoriedade	92
5.2 Hipóteses em que não existe expressa disposição legal	99
5.2.1 Casos de urgência	103
5.2.2 Inexistência de outro meio	106
5.3 Fundamento da autoexecutoriedade	108
6 LIMITES DA AUTOEXECUTORIEDADE	117
6.1 Princípios constitucionais	118
6.1.1 Legalidade	121
6.1.2 Princípio da razoabilidade	133
6.1.3 Princípio da proporcionalidade	138
6.1.4 Moralidade administrativa	144
6.2 Devido processo legal	148
6.3 Direito adquirido	155
6.4 Direitos fundamentais	160
6.4.1 Violação de domicílio para combate à dengue	163
6.4.2 A autoexecutoriedade do poder de polícia e a dignidade da pessoa humana	170

7 O CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO	174
8 CONCLUSÃO	182
REFERÊNCIAS	186

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo investigar o tema da autoexecutoriedade do ato administrativo, examinando as condições e os limites para sua utilização, dentro de um contexto de redefinição do Direito Administrativo, à luz do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais.

A delimitação precisa do uso da autoexecutoriedade tem gerado profundas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais e mostra-se de suma relevância no delineamento de um Estado Democrático de Direito, já que se trata de atributo ou característica pela qual o ato administrativo é colocado em prática, de imediato, pela própria Administração, não sendo necessária a submissão ao Judiciário para que seus efeitos se realizem.

É no exercício do poder de polícia que referido atributo se apresenta com maior intensidade, pois é onde ocorre a atuação administrativa para definir concretamente os contornos do exercício da liberdade e do uso da propriedade dos indivíduos, adequando-os à vida em sociedade.

É certo que existem limites e condições para a presença da autoexecutoriedade, que vêm merecendo uma releitura, de modo a compatibilizar a sua utilização com os princípios e valores consagrados na Constituição de 1988.

Embora a Administração Pública esteja sujeita a um regime jurídico dotado de prerrogativas, estas só se justificam se, quando e na medida em que se destinam a satisfazer interesses públicos, e não interesses ou conveniências de seu próprio organismo e, muito menos, o dos agentes estatais.

A utilização da autoexecutoriedade pela Administração não significa, de forma alguma, violação ao princípio da inafastabilidade do Judiciário, fixado no art.5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, pois a ameaça ou a incorreta utilização da prerrogativa em exame podem ser judicialmente corrigidas, preventiva ou repressivamente, conforme o caso.

Fixado o objeto do trabalho, apresentamos uma síntese do modo pelo qual a matéria será tratada.

O estudo é desenvolvido em oito capítulos. Após a abordagem do tema, no capítulo 2, a título de considerações preliminares, são abordadas as noções de função administrativa e de ato administrativo, tendo em conta que as medidas de polícia se exteriorizam por atos administrativos, ou seja, atos praticados no exercício da função administrativa.

A seguir, tratamos do poder de polícia, uma vez que é nesta atividade que encontramos a maior parte dos atos autoexecutórios e aqueles que oferecem maiores riscos aos direitos fundamentais do cidadão, justamente por imporem medidas limitativas ou restritivas da propriedade ou da liberdade.

No capítulo 4, apresentamos a contribuição do direito estrangeiro para o exame da matéria, bem como as convergências entre os sistemas continental-europeu e anglo-saxão e a coexistência dos atributos próprios desses sistemas no direito brasileiro.

No capítulo 5, é analisado o ordenamento jurídico brasileiro, com a apresentação de hipóteses legais de autoexecutoriedade, por meio da enumeração de várias medidas autoexecutórias constantes de expressos dispositivos legais e, também, de hipóteses de autoexecutoriedade implícita.

São, ainda, examinados os entendimentos doutrinários a respeito do tema, os quais podem ser agrupados em duas correntes: a primeira, que sustenta estar a autoexecutoriedade implícita em todo ato administrativo; e a segunda, à qual nos filiamos, que não admite a presença de tal atributo em todos os atos administrativos, mas apenas nos casos expressos em lei ou, na falta de previsão explícita, nas hipóteses de haver urgência a requerer o seu exercício ou de inexistirem outros meios de satisfação do interesse público. Nesse tópico são abordados, também, os fundamentos da autoexecutoriedade.

No capítulo 6, são traçados os limites da autoexecutoriedade, pautados pelo primado simultâneo do interesse público e dos direitos fundamentais declarados e assegurados pela Constituição Federal e que conferem balizas, quando confrontados com cada situação específica. Tratamos, por isso, dos princípios constitucionais da legalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade administrativa, do devido processo legal e do direito adquirido e buscamos exemplificar, apontando situações concretas, analisando a violação de domicílio para combate à dengue e os casos de autoexecutoriedade do poder de polícia em confronto com o fundamento da dignidade da pessoa humana.

Ao final, no capítulo 7, analisamos, ainda, o controle exercido pelo Poder Judiciário, pois, embora os atos de polícia sejam, em grande parte, autoexecutórios, os administrados podem, sempre, se valer do Judiciário para defesa de ameaças ou violações de direitos, seja para impedir certos atos da Administração, seja para se ressarcir de danos sofridos.

Por derradeiro, em capítulo específico, são apresentadas as conclusões de nosso estudo.

2 AS FUNÇÕES ESTATAIS E O ATO ADMINISTRATIVO

2.1 Função administrativa

Antes de abordar o tema central deste trabalho, exporemos as noções de função administrativa e de ato administrativo, tendo em conta que as medidas de polícia se exteriorizam por atos administrativos, ou seja, atos praticados no exercício da função administrativa.

A questão da classificação das funções estatais é matéria a respeito da qual não nos aprofundaremos; porém, em razão do conceito de poder de polícia que adotaremos, faz-se importante identificar a função administrativa, cotejando-a com as demais funções estatais.

Para melhor explicar a noção de função administrativa, necessário retomar a sistematização de Montesquieu que, partindo do fato de que todo homem que tem poder tende a abusar dele, concebeu a teoria da separação dos poderes (antevista por Aristóteles, na Grécia antiga, no sentido de separar as atividades estatais em três esferas distintas de atuação, denominadas deliberação, mando e justiça, mas que emergiu de forma sistematizada em “*O Espírito das Leis*”).

A sistematização criou uma forma de o poder conter o próprio poder. Isso ocorreria por meio da divisão do poder estatal e oposição às partes respectivas, para que se refreassem reciprocamente.

Dessa forma, aquele que fizesse as leis não seria o encarregado de aplicá-las nem de executá-las; aquele que as executasse, não seria o responsável por elaborá-las, nem por julgar sua aplicação; e os que julgassem a aplicação das leis não seriam os que as tivessem elaborado nem executado.

Na época, essa divisão significou uma reação à centralização de todas as formas do poder estatal nas mãos do monarca, representando, por isso, um freio ao poder e, em especial, uma garantia aos direitos individuais.

A teoria de Montesquieu, de feição claramente político-jurídica, passou por severas críticas ao longo do tempo. Há, inclusive, propostas alternativas que ora reduzem, ora ampliam as funções estatais.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,¹ por um lado, considera que só há duas funções do Estado: a administrativa e a jurisdicional. A função administrativa objetiva integrar a ordem jurídico-social, mediante duas atividades: a de legislar e a de executar, tendo, pois, um caráter político de programação e realização dos objetivos públicos. Tanto na ação legislativa, que consiste na prerrogativa de elaborar as normas informadoras da ordem jurídica, quanto na ação executiva, que consiste na realização espontânea dessas normas, o objetivo a ser alcançado consiste na “realização ou integração da ordem social”, isto é, tanto em uma, como na outra, ocorre a sua manifestação quanto à consecução da ordem normal do Estado-sociedade, em caráter operativo, visando ao programa de ação do Estado-poder e dos indivíduos e das relações destes com o Estado-poder. Por entender que constituem dois momentos de uma mesma função, encarta-as na denominada função administrativa.

A função jurisdicional tem o próprio Direito como objeto. Possui um caráter manifestamente jurídico, pois visa à manutenção da ordem jurídica ameaçada ou violada.

Marcello Caetano,² de outra forma, diferencia os tipos de atividades do Estado em razão da matéria, dividindo as funções estatais em jurídicas e não-jurídicas.

As jurídicas, que visam ao estabelecimento e à realização do Direito, são compostas das funções legislativa e executiva. A função legislativa consiste na tarefa de elaboração das leis e a função executiva “é a atividade dos órgãos do Estado que tem por objeto direto e imediato promover e assegurar o cumprimento das leis, aplicando sanções aos infratores dos preceitos legais”. Essa função compreende as atividades administrativa e jurisdicional. Enquanto na via administrativa o Estado age como parte, atuando com parcialidade no cumprimento da lei, na via jurisdicional ele age como terceiro desinteressado e imparcial, quando convocado pela parte para a resolução dos conflitos.

As não-jurídicas, que visam a outro objeto que não o estabelecimento e realização do Direito, são compostas das funções política e técnica, entendida a função política como a

atividade comandada pelo interesse geral e que se desenvolve para assegurar a unidade e a coesão nacionais, definir os ideais coletivos, escolher os objetos concretos a prosseguir em cada época e os meios idôneos para os alcançar, manter o equilíbrio constitucional das tensões políticas e das forças sociais, garantir a segurança do Estado e defender os interesses nacionais na ordem externa” e a função técnica, como a que “corresponde à atividade prática desenvolvida, segundo um critério de eficiência, de acordo com as prescrições de certa ciência ou arte.”³

¹ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007, v. I, p. 24-28.

² CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2001. t. I, p. 7-10.

³ *Ibidem*, p. 7-10.

De outro lado, há os que ampliam as funções estatais. Assim, Otto Mayer,⁴ embora não utilizando a expressão “funções”, referia-se às atividades do Estado como atividades legislativa, executiva, judicial e de governo, estando a alta direção, que assiste ao Príncipe e a seus auxiliares, voltada a promover o andamento dos negócios do Estado no sentido de uma boa política e do interesse geral, pelo que “influi em todos os ramos da atividade material do Estado, mas, em si mesmo, permanece em um plano ideal, não se estendendo, por seus efeitos diretos, sobre o terreno do direito”, bem como atividades que afirma não se enquadrarem em nenhuma das anteriores. É o caso do que denominou atividades auxiliares do direito constitucional, expressas por atos destinados a colocar a Constituição em movimento e prover seu funcionamento, como, por exemplo, os de proclamar o advento de um novo rei, a instalação de uma regência, ordenar e dirigir as eleições para a Assembleia Nacional, convocar e dissolver essa Assembleia. Refere, ainda, as atividades em que o Estado atua fora de sua própria ordem jurídica, como nas relações diplomáticas, na guerra externa, na guerra civil, bem como a atividade expressada nas ordenanças de urgência do Príncipe.

Por legislação, Otto Mauer entende o estabelecimento de regras de direito por parte do poder soberano, mediante o concurso do corpo representativo da nação. Para distingui-la da administração, assinala que a legislação resulta do concurso destes dois elementos: o poder público e a representação nacional.

A justiça é a atividade do Estado destinada à manutenção da ordem jurídica através do poder público. Nesse conceito, Otto Mayer integra tanto a atividade do poder público, pertencente aos tribunais (jurisdição cível e penal), como as atividades de direção do procedimento judicial, a jurisdição voluntária, a atuação do Ministério Público, além de toda a atividade dos agentes de execução judicial que sirvam à manutenção da ordem jurídica.

Define a função administrativa por exclusão: será administração toda atividade do Estado que não for legislação nem jurisdição. No entanto, embora fixe essa regra, adiciona um elemento positivo à noção objetiva de administração, no intuito de extremá-la da função de governo. Esse elemento positivo vem expresso no conceito de administração como a atividade do Estado destinada a realizar seus fins, sob sua ordem jurídica.

Bénoit,⁵ após criticar os que sustentam existir a tripartição do Poder e das funções no sistema constitucional francês, propôs a observância de três condições para definir as funções estatais: a) distinguir arte de ciência, pois a ideia de função só tem validade científica

⁴ MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Tradução Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschim. Buenos Aires: Depalma, 1951. t. I, p. 4-15.

⁵ BÉNOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968. p. 27-52.

enquanto exprimir realidades do direito positivo; b) definir cientificamente função do Estado; c) conceber a noção científica de função como transitória, pois as realidades do direito positivo são passíveis de modificação.

Afastando-se do modelo de Montesquieu, Bénéit divide o Estado em: Estado-Nação e Estado-Coletividade. Estado-Nação é a coletividade pública a quem compete desincumbir-se das missões de criação do direito interno e da direção geral da política do país, segundo um regime jurídico onde o conjunto se compõe do Direito Constitucional. Na França, essas missões são da competência do Parlamento (função parlamentar) e do Governo (função governamental).

O Estado-Coletividade é a coletividade pública incumbida de realizar os serviços públicos prestados aos habitantes e exercitados pelos corpos administrativos, em regime de subordinação às normas emanadas pelas autoridades do Estado-Nação. Dentre as missões subordinadas, Bénéit aponta: a) função administrativa, que compreende as missões de administração geral, de polícia e de gestão do domínio; b) função judiciária, encarregada de resolver controvérsias jurídicas entre as partes e de assegurar a repressão penal; c) função educativa; d) função de segurança, e) outras funções subordinadas e regidas pelo Direito Administrativo.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁶ reconhece a existência da trilogia de funções no Estado (legislativa, administrativa e judicial) não como uma verdade científica proveniente da natureza das coisas, porém como produto de uma construção política que se consagrou juridicamente. Ao lado, aponta a função política ou de governo, cujas atribuições não se enquadram em nenhuma das anteriores, e sobre a qual igualmente irá incidir o controle jurisdicional, diversamente do que ocorre em vários países europeus.

Odete Medauar entende que a clássica divisão das funções estatais já não se ajusta a contento à realidade político-institucional dos Estados. Enfatiza a autora que “com o advento do Executivo eleito diretamente, não mais se justificaria a supremacia do Legislativo, pois haveria a situação de opor representantes do povo contra representantes do povo”⁷, além disso, a urgência, muitas vezes verificada, para adoção de medidas de caráter econômico e social, impõe a expedição célere de atos normativos, não condizentes com o trâmite do processo legislativo. Aliada a tudo isto, registre-se a existência de instituições que, dadas as

⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 31.

⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.31.

suas peculiaridades, não se enquadram nas clássicas funções estatais, a exemplo do Ministério Público e do Tribunal de Contas.

De qualquer forma, as noções de “Legislação”, “Administração” e “Justiça” são conceitos em constante elaboração e enfrentados de formas diferentes nas Constituições de cada país. Em linhas gerais, são tomados como “separação de poderes” (Legislativo, Executivo e Judiciário). Todavia, considerando que o poder é uno,⁸ o que existe é uma separação de funções estatais, com a finalidade de coordenar o exercício do poder público e evitar que este possa ser fonte de arbitrariedades ou despotismo.⁹

⁸ José Afonso da Silva leciona que “O poder é um fenômeno sócio-cultural. Quer isso dizer que é fato da vida social. Pertencer a um grupo social é reconhecer que ele pode exigir certos atos, uma conduta conforme com os fins perseguidos; é admitir que pode nos impor certos esforços custosos, certos sacrifícios; que pode fixar, aos nossos desejos, certos limites e prescrever, às nossas atividades, certas formas. Tal é o poder inerente ao grupo, que se pode definir como uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins. O Estado, como grupo social máximo e total, tem também o seu poder, que é o poder político ou poder estatal. A sociedade estatal, chamada também sociedade civil, compreende uma multiplicidade de grupos sociais diferenciados e indivíduos, aos quais o poder político tem que coordenar e impor regras e limites em função dos fins globais que ao Estado cumpre realizar. Daí se vê que o poder político é superior a todos os outros poderes sociais, os quais reconhece, rege e domina, visando a ordenar as relações entre esses grupos e os indivíduos entre si e reciprocamente, de maneira a manter um mínimo de ordem e estimular um máximo de progresso à vista do bem comum. Essa superioridade do poder político caracteriza a soberania do Estado, que implica, a um tempo, independência em confronto com todos os poderes exteriores à sociedade estatal (soberania externa), e supremacia sobre todos os poderes sociais interiores à mesma sociedade estatal (soberania interna). Disso decorrem as três características fundamentais do poder político: unidade, indivisibilidade e indelegabilidade...” (*Curso de direito constitucional positivo*. 31ª. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 106).

⁹ Despotismo “significa, em sentido específico, a forma de Governo em que quem detém o poder mantém, em relação aos seus súditos, o mesmo tipo de relação que o senhor (em grego “despótes”) tem para com os escravos que lhe pertencem. Como se sabe, Aristóteles distingue, desde as primeiras páginas de *Política*, três tipos de relação de domínio: o conjugal, ou do marido sobre a mulher; o paterno, ou do pai sobre os filhos; e o patronal ou despóticos, que é o do senhor sobre os escravos. Com base nesta distinção, desde a Antiguidade se vem chamando despótica a forma de Governo em que a relação entre governantes e governados pode ser comparada à existente entre o senhor e escravos. Em sentido genérico, mormente na linguagem política moderna que esqueceu o significado etimológico da palavra, Despotismo é polemicamente usado para indicar qualquer forma de Governo absoluto, sendo muitas vezes sinônimo de tirania, ditadura, autocracia, absolutismo e outras formas semelhantes. Só quando se tem em conta o significado originário da palavra e o uso técnico que dela se fez na tradição da filosofia política, é que o termo Despotismo indica uma forma de Governo diferente das outras com que no discurso polemicamente genérico se confunde. Despotismo, ditadura, autocracia têm de comum serem formas de Governo em que o detentor do poder o exerce sem limites de leis naturais, consuetudinárias, impostas por órgãos *ad hoc* etc., isto é, detém um poder absoluto, ou *legibus solutus*, e arbitrário, ou exclusivamente dependente da própria vontade... Em *Esprit des lois*, Montesquieu distingue três formas de Governo, a monarquia, a república e o Despotismo. Desse modo, o Despotismo torna-se uma forma autônoma, deixando de ser apenas, como tinha sido até então, uma espécie do gênero monarquia. Distinguindo-se segundo a sua natureza e segundo o seu princípio. Segundo a natureza, o Governo despótico é o Governo em que “um só, sem leis nem freios, arrasta tudo e todos atrás dos seus desejos e caprichos” (Livro II, c.I). Segundo o princípio, o Governo despótico se rege pelo medo, enquanto que o monárquico se guia pela honra e o republicano pela virtude. ...” (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCU Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*, Tradução Carmen C. Varriale et al.; Coordenação Tradução João Ferreira; Verificação Geral João Ferreira; Luis Guerreiro Pinto Caçais. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. v. 1, p. 339)

Exposta a teoria da separação dos poderes, é necessário compreender que o Estado se manifesta por meio de seus agentes que integram os órgãos de sua estrutura no desempenho as das três funções distintas e independentes entre si (legislativa, executiva e jurisdicional).

Não podem, porém, ser confundidas funções do poder e divisão de poderes. Com efeito, esclarece José Afonso da Silva:

A distinção de funções constitui especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza, sem considerar os órgãos que a exercem; quer dizer que existe sempre distinção de funções, quer haja órgãos especializados para cumprir cada uma delas, quer estejam concentradas num órgão apenas. A divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional), a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções, menos o Judiciário (órgão ou poder Legislativo, órgão ou poder Executivo e órgão ou poder Judiciário). [...] A divisão dos poderes fundamenta-se, pois, em dois elementos: a) especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembleias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional; b) independência orgânica, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação.¹⁰

Canotilho e Moreira enfatizam:

Um sistema de governo composto por uma pluralidade de órgãos requer necessariamente que o relacionamento entre os vários centros do poder seja pautado por normas de lealdade constitucional (*Verfassungstreue*, na terminologia alemã). A lealdade institucional compreende duas vertentes, uma positiva, outra negativa. A primeira consiste em que os diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos possíveis. A segunda determina que os titulares dos órgãos do poder devem respeitar-se mutuamente e renunciar a prática de guerrilha institucional, de abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira. Na verdade, nenhuma cooperação constitucional será possível, sem uma deontologia política, fundada no respeito das pessoas e das instituições e num apurado sentido da responsabilidade de Estado (*statesmanship*).¹¹

Dessa forma, o sentido da teoria da separação das funções estatais é determinar uma diretriz que possibilite identificar e classificar as diversas formas de atividade jurídica do

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.108.

¹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Os poderes do Presidente da República*. Coimbra: Coimbra Editores, 1991, p. 71.

Estado. Com esse intuito, a doutrina costuma apresentar como diferenciadores os seguintes critérios: a) negativo; b) subjetivo; c) objetivo (material e formal).

O critério negativo parte da análise das funções legislativa e jurisdicional que são mais específicas - a primeira volta-se à edição de regras de conduta e, a segunda, à resolução de conflitos concretos - para designar como função administrativa tudo aquilo que não se encaixa em nenhuma das anteriores. Justamente por buscar definir algo por exclusão, esse critério é de validade científica duvidosa.

O critério subjetivo ou orgânico analisa o sujeito que realiza a função pública. Assim, não se preocupa com o conteúdo ou com o alcance dos atos produzidos.

O critério objetivo-material ou substancial busca identificar a função pela essência da atividade realizada, pouco importando o órgão que a realiza. Assim, será administrativo, legislativo ou jurisdicional, o ato que apresentar em si mesmo o conteúdo essencial da referida atividade.

O critério objetivo-formal busca reconhecer as funções com base no tratamento normativo em vigor. Por esse critério, a função legislativa está marcada não apenas pela generalidade e abstração, mas pelo seu caráter específico de inovar na ordem jurídica, com fundamento apenas na Constituição; a função jurisdicional é caracterizada por resolver conflitos concretos com caráter de definitividade; e a função administrativa seria aquela desenvolvida, a partir de comandos complementares à lei e, excepcionalmente, à Constituição, expedidos dentro de uma organização hierárquica.¹²

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, função administrativa

é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário.¹³

Adotamos os critérios material e formal na concepção de função administrativa, pois, como registra Luis Manuel Fonseca Pires, “a realidade normativa (critério formal) é mesmo o universo do cientista do direito e não há teoria jurídica que possa dispensá-la, (...). Interessa ao Direito o que, de uma forma explícita ou implícita, foi encampado pelo ordenamento jurídico em vigor. Mas isso não significa que não deva, num instante seguinte à análise do

¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 32.

¹³ *Ibidem*, p. 36.

sistema jurídico pelo prisma formal, considerar e tentar identificar as características das atividades que podem ser discernidas como funções administrativas”.¹⁴

Adotando o conceito de Luis Manuel Fonseca Pires, podemos dizer que função administrativa é:

toda atividade realizada pelo Estado (em função típica do Poder Executivo, ou em função atípica dos demais Poderes), ou por quem lhe substitui (por entes da Administração Indireta, ou por particulares como os concessionários e os permissionários de serviços públicos), atividade esta em conformidade e submissa ao ordenamento jurídico que atribui prerrogativas de autoridade com o propósito de administrar o patrimônio público, fomentar atividades particulares, oferecer serviços públicos e praticar medidas de intervenção, com observância dos direitos e garantias fundamentais dos administrados, o que faz de forma prática e concreta para atender imediatamente aos fins públicos.¹⁵

Uma vez delimitado o que se compreende por função, importa ter presente que os “poderes administrativos” são verdadeiros instrumentos de trabalho, indispensáveis à realização da tarefa administrativa.

Adilson Abreu Dallari explica que a expressão “poderes administrativos é incompatível com os princípios fundamentais do regime jurídico administrativo, no qual as autoridades administrativas não são dotadas de puros poderes, mas, sim, de deveres jurídicos impostos pela lei”¹⁶.

O autor lembra lição de Cirne Lima no sentido de mostrar a radical mudança de rumo, ou seja, o abandono do direito administrativo centrado na idéia de poder, de prerrogativas, de privilégios disponíveis à Administração Pública e o advento do novo direito administrativo, radicado na idéia de “relação de administração” e onde as relações jurídicas “passam a ser examinadas em função de um “dever” a cumprir, de uma finalidade que deve ser atingida.”¹⁷

Celso Antônio Bandeira de Mello, depois de enunciar os princípios fundamentais do regime jurídico administrativo (supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade dos interesses públicos) anota:

Estes caracteres, que sem dúvida informam a atuação administrativa, de modo algum autorizam a supor que a Administração Pública, escudada na supremacia do interesse público sobre o interesse privado, pode expressar tais prerrogativas com a mesma autonomia e liberdade com que os particulares exercitam seus direitos. É que a Administração exerce função: a

¹⁴ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Regime jurídico das licenças*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 46.

¹⁵ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. 58.

¹⁶ DALLARI, Adilson Abreu. Os Poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 36, n. 141, p. 75- 87, jan./ma. 1999, p.86.

¹⁷ DALLARI, Adilson Abreu. Os Poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 36, n. 141, p. 75- 87, jan./ma. 1999, p. 77.

função administrativa. Existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são instrumentais ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do dever posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, “deveres-poderes”, no interesse alheio.

Quem exerce “função administrativa” está adstrita a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido.

Tendo em vista este caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder -, as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como “poderes” ou como “poderes-deveres”. Antes se qualificam e melhor se designam como “deveres-poderes”, pois nisto se ressaltará sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações.¹⁸

Observamos que utilizaremos, neste trabalho, a expressão “poderes administrativos”, ou mesmo a referência às suas modalidades com a expressão “poder”, mas no sentido de que são verdadeiros “deveres-poderes”, ou seja, instrumentos pelo qual a Administração Pública age na busca de sua finalidade: cumprir com seu papel de satisfazer os interesses públicos.

A realização da função administrativa, bem como a utilização de referidos deveres-poderes administrativos, inclusive aqueles expedidos no exercício do poder de polícia, configuram-se no mundo jurídico através de atos administrativos. Devemos, então, verificar o que é ato administrativo.

2.2 Atos Administrativos

2.2.1 Dos atos e fatos jurídicos

A Administração Pública produz atos e fatos jurídicos. Daí a importância de traçar a diferença entre uns e outros.

¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 71.

A análise dos institutos jurídicos do direito público nasceu a partir de uma realidade que foi a transformação do Estado Absolutista em um Estado Democrático de Direito, ainda que no Estado Absolutista já existissem regras de direito privado e, conseqüentemente, institutos jurídicos há muito tempo debatidos e construídos.

Assim, não havia razão jurídica para a construção de outros institutos e, por isso, muitos dos institutos jurídicos do denominado “Direito Público” tiveram seu nascimento a partir das estruturas do “Direito Privado”.

Em relação ao “ato administrativo” não foi diferente e, a primeira análise reside em distinguir ato de fato jurídico.

Com embasamento nas lições do direito privado, consideramos que os atos jurídicos são aqueles em que há manifestação da vontade, enquanto que fatos jurídicos são os acontecimentos do mundo fenomênico aos quais a lei atribui uma determinada conseqüência jurídica.

Como salienta Celso Antônio Bandeira de Mello, a diferença entre ambos reside em que:

os atos administrativos podem ser anulados e revogados, dentro dos limites do Direito; os fatos administrativos não são nem anuláveis, nem revogáveis; os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade; fatos administrativos não; o tema da vontade interessa nos atos administrativos denominados (ainda que a terminologia não seja boa) discricionários, isto é, naqueles em cuja prática a Administração desfruta de certa margem de liberdade; nos fatos administrativos nem se poderia propô-lo.¹⁹

Destacando a relevância do “discrímen”, Agustín Gordillo conclui

que o ato se caracteriza porque se manifesta através de declarações provenientes da vontade administrativa e dirigidas diretamente ao entendimento dos administrados através da palavra oral ou escrita, ou de signos com um conteúdo convencional ou ideográfico (o gesto do agente de trânsito de elevar o braço para parar o trânsito; os sinais usuais de trânsito, como flechas, círculos, etc); o fato, ao contrário, carece desse sentido mental e constitui nada mais que uma atuação física ou material.²⁰

Observa, ainda, que nem sempre é fácil fazer a diferenciação, diante do caso concreto, entre um ato e um fato administrativo. O essencial é observar que só haverá ato administrativo quando houver uma manifestação de decisão, opinião ou conhecimento que se exteriorize por

¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 370-371.

²⁰ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo. El acto administrativo*. 8. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2003. t. 3. p.26.

palavra oral ou escrita, sinais convencionais ou outras formas de linguagem. Isto porque o ato nunca contém a execução da ideia que expressa, embora a ela se refira. Haverá um fato administrativo quando a exteriorização da decisão se fizer através da execução propriamente dita, como, por exemplo, a destruição da casa ou a retirada de obstáculos da rua. A execução material, em todos os casos, é um fato, tanto quando executa um ato, como quando, na ausência do ato, transmite diretamente através da atuação material, a vontade a que responde.

Outra importante razão dessa discriminação reside nas consequências que se atribuem ao chamado “silêncio administrativo”. André Gonçalves Pereira, verificando que a função política da teoria do ato administrativo foi a de estabelecer para o administrado um sistema de garantias pelo respeito ao princípio da legalidade por parte da Administração, afirmou não haver razão para se concluir que as situações em que a Administração não age e, por isso, pode causar lesão aos direitos do administrado, sejam incluídas dentro dos atos administrativos, pois nestes casos é a lei quem atribui efeitos à omissão da Administração; assim, não há qualquer diferença para a definição atribuída a “atos administrativos”.

Observando que no Brasil a jurisdição é única (ao contrário de Portugal, onde também existe uma jurisdição administrativa), e que o art.5º, inciso XXXV da Constituição Federal assegura que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” o fato de concluirmos que o silêncio não é ato jurídico, mas “fato jurídico administrativo”, não prejudica a análise dos casos concretos pelo Poder Judiciário.

2.2.2 Atos privados e atos administrativos

A construção da teoria do ato administrativo nasceu da concepção de separação de funções e do advento do Estado de Direito. Décio Carlos Ulla²¹ destaca que a noção de ato administrativo é contemporânea ao constitucionalismo, ao aparecimento do princípio da separação de poderes e à sujeição da Administração Pública ao Direito (Estado de Direito), ou seja, é produto de certa concepção ideológica; só existe nos países em que se reconhece a existência de um regime jurídico-administrativo, a que se submete a Administração Pública, diferente do regime de direito privado.

²¹ ULLA, Décio Carlos. *Acto administrativo*. Buenos Aires: Astrea, 1982. p. 24.

Dessa forma, a concepção de ato administrativo teve origem e se desenvolveu nos países filiados ao sistema europeu continental, em particular França, Itália e Alemanha.²²

Antes de estabelecermos a diferenciação entre atos privados e atos administrativos, precisamos ressaltar que esses últimos são manifestações oriundas da atuação administrativa, cujas peculiaridades devem ser destacadas.

A atividade administrativa sempre possui um caráter ideológico, isto é, funda-se em ideias cujas manifestações jurídicas são fonte direta de modificações no mundo jurídico e, por isso, estão excluídas todas as formas de atividades meramente materiais.

Ao contrário, os atos dos particulares podem ser tanto os materiais como os ideológicos, sem que a atividade material deixe de ser, inclusive juridicamente, ato privado.

Para Maria Helena Diniz “ato jurídico em sentido estrito é o que gera conseqüências jurídicas previstas em lei e não pelas partes interessadas, não havendo regulamentação da autonomia privada”.²³

Citando Orlando Gomes, classifica os atos jurídicos (privados), em sentido estrito, em (a) atos materiais ou reais, que seriam aqueles em que “a atuação da vontade lhes dá existência imediata, porque não se destinam ao conhecimento de determinada pessoa”,²⁴ e (b) participações,

que consistem em declarações para ciência ou comunicação de intenções ou de fatos, tendo, portanto, por escopo produzir *in mente alterius* um evento psíquico; têm, necessariamente, destinatário, pois o sujeito pratica o ato para dar conhecimento a outrem de que tem certo propósito ou que ocorreu determinado fato.²⁵

Importante destacar que o Código Civil (Lei nº 10.406/2002) não manteve o conceito de ato jurídico contido no art. 81 do Código Civil de 1916.²⁶ O atual Código Civil se utiliza da designação “negócio jurídico” para referir-se às relações jurídicas, “uma vez que é a este e não àquele que se aplicam todas as normas ali constantes, eliminando assim a falta de técnica até então existente”.²⁷

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 192.

²³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1. p.362.

²⁴ *Ibidem*, p.362.

²⁵ *Ibidem*, p. 362.

²⁶ O direito francês não adotou a dicotomia entre ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico, adotada pelo direito alemão, “uma vez que o Código de Napoleão trata a matéria em termos excessivamente genéricos, cuidando apenas do fato jurídico e do ato jurídico, no que foi seguido pelo nosso Código Civil de 1916, de modo que no direito brasileiro *de jure constituto* não se utilizava da expressão “negócio jurídico”, embora a definição do art. 81 fosse, rigorosamente, a de negócio jurídico.” (Maria Helena Diniz, op. cit, p. 364).

²⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1, p. 364.

O artigo 185 do Código Civil reza que “aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior”. Portanto, ato jurídico também se diferencia de negócio jurídico, pois neste repousa a idéia “de um pressuposto de fato querido ou posto em jogo pela vontade e reconhecido como base do efeito jurídico perseguido. Seu fundamento é a vontade humana, desde que atue na conformidade da ordem jurídica”.²⁸ E, o negócio jurídico leva em consideração “o escopo procurado pela parte ou partes interessadas e a esse fim a ordem jurídica adapta os efeitos”, enquanto no ato jurídico *stricto sensu* “prevalece apenas a função que o ordenamento estabelece para o próprio ato e o objeto colimado pelo agente ao cumpri-lo”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, comentando referida alteração do Código Civil de 2002, esclarece que:

A preferência por essa expressão justifica-se pelo fato de que nem todo ato jurídico é praticado com a intenção precípua de produzir efeitos jurídicos. Ainda que determinados atos jurídicos possam produzir efeitos jurídicos, não são praticados com esse intuito específico, como ocorre, por exemplo, no pagamento indevido. Já nos negócios jurídicos existe o intuito de produzir efeitos jurídicos. Na realidade, os atos jurídicos compreendem os atos jurídicos em sentido estrito (que não têm o intuito de produzir efeitos jurídicos, embora os produzam) e os negócios jurídicos (praticados com o intuito específico de produzir determinados efeitos jurídicos). Os negócios jurídicos, por sua vez, podem ser unilaterais ou bilaterais (contratos). A teoria dos negócios jurídicos, com origem no direito alemão, fundamenta-se no princípio da autonomia da vontade, aplicado no âmbito do direito privado. No direito administrativo, onde a Administração Pública não dispõe de autonomia da vontade, porque está obrigada a cumprir a vontade da lei, o conceito de negócio jurídico não pode ser utilizado com relação ao ato administrativo unilateral. Por essa razão, a alteração do CC não afeta o conceito de ato administrativo; a referência ao artigo 81 do CC anterior fica valendo como referência histórica inafastável, porque deu origem ao conceito de ato administrativo no direito brasileiro.²⁹

Stassinopoulos³⁰ aponta que a diferença fundamental entre atos administrativos e atos jurídicos de direito privado³¹ é que em todos os atos públicos (inclusive nos chamados “atos de gestão”) existe o exercício de manifestação da autoridade pública (*puissance publique*),

²⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1, p. 364.

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 196.

³⁰ STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des actes administratifs*. Athènes, 1954. Collection de L’Institut Français D’Athènes, p. 237.

³¹ Apesar da melhor expressão, segundo o novo Código Civil brasileiro ser “negócio jurídico”, por entendermos que para fins didáticos a expressão “ato jurídico de direito privado” torna mais fácil a compreensão da comparação, adotaremos, neste trabalho, a segunda expressão.

elemento que falta nos atos jurídicos de direito privado. Desse diferencial, outros surgem, como, por exemplo:

a) o ato administrativo é regido pelo princípio da estrita legalidade, isto é, a autoridade administrativa somente pode fazer e/ou querer aquilo que esteja previsto em lei, e, ao contrário, o ato jurídico privado é regido pelo princípio da autonomia da vontade, segundo o qual o particular pode atuar livremente, segundo a sua vontade, em toda a relação que não for contrária ao previsto em lei.

Observamos, mais uma vez as lições de Maria Helena Diniz, para quem negócio jurídico “é o poder de auto-regulação dos interesses que contém a enunciação de um preceito, independentemente do querer interno”,³² para deixar claro que o negócio jurídico, ou como estamos aqui utilizando, os atos jurídicos privados, apresentam-se como uma “norma concreta estabelecida pelas partes”; todavia, para que os efeitos visados pela manifestação de vontade do interessado surjam, é necessário que os efeitos esperados estejam de acordo com a norma jurídica e, portanto, este é o âmbito da autonomia privada.

b) a declaração de vontade nos atos privados comporta uma autolimitação dos interessados, isto é, cabe ao particular escolher o melhor momento, a melhor forma (desde que não defenda em lei) e quais objetos pretende inserir na celebração dos negócios jurídicos, enquanto que nos atos administrativos, mesmo quando envolvem uma participação bilateral (como, por exemplo, nos atos de nomeação), cria-se um comando - uma ordem – endereçado ao cidadão.

Não é possível, portanto, e em regra, não se permite à autoridade pública agir com subjetivismo, tendo o dever de observar e cumprir o determinado pela lei, no sentido de agir sempre segundo a vontade da lei, para melhor atingir o interesse público tutelado pela norma.

Existem casos em que a Administração pode, posteriormente, revogar os seus atos, mas, também nestes casos, sua atuação está limitada a um pressuposto fático limitador, que é a existência de previsão legal para tanto, e o preenchimento de certos requisitos (conveniência e oportunidade).

c) se um ato privado é contrário à lei, em princípio, é ineficaz e, por essa razão, não pode produzir os efeitos que dele se esperava. Já os atos administrativos, mesmo quando contrários à lei, possuem força para produzir os efeitos esperados, até que uma autoridade pública se pronuncie sobre a sua anulação.

³² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva. 2002. v.1. p.370.

Tal característica do ato administrativo decorre, justamente, do fato desse ato ter sido produzido por uma autoridade pública e gozar, portanto, de presunção de legalidade. A única hipótese para a não observância de atos administrativos seria para a situação de eles não existirem juridicamente, como, por exemplo, o fato de certidões de óbito expedidas em relação a pessoas vivas para se obter um provimento jurisdicional em processo criminal, com o objetivo de extinguir a punibilidade decorrente da morte do agente, ou, ainda, os atos praticados por usurpação de função pública etc.

d) quanto à execução, os atos privados também diferem dos atos administrativos, uma vez que os primeiros não possuem força executiva, salvo poucas exceções (a legítima defesa e o estado de necessidade (art.188, I e II do Código Civil), ou o desforço imediato (art.1210,§1º, do Código Civil), ou a possibilidade de o proprietário do terreno invadido pelas raízes e ramos de árvore que ultrapassarem o limite de cortá-los até o plano vertical divisório (art.1283 do Código Civil), mas são circunstâncias em que o sistema jurídico confere, de forma restritiva e em caráter extraordinário, a possibilidade de uma parte agir sobre a outra ou sobre os seus bens, isto é, sobre a liberdade ou a propriedade contra quem se dirige. Já os atos administrativos, possuem como atributo a autoexecutoriedade.

Esse atributo dos atos administrativos, decorrente do fato de terem sido emitidos por autoridade competente, lhes confere a possibilidade de se concretizarem no mundo material, se preciso, pela força.

2.2.3 Identificação do ato administrativo

Analisadas as características que distinguem o ato administrativo dos atos privados, passamos, agora, a identificar o ato administrativo e verificar o seu conceito.

A Administração Pública pratica inúmeros atos que não são considerados como atos administrativos, mas como meros atos da Administração.

Celso Antônio Bandeira de Mello considera como tais: a) os atos regidos pelo Direito Privado; b) os atos materiais; e c) os atos políticos ou de governo, praticados com margem de discricção e diretamente em obediência à Constituição, no exercício de função puramente política.

De outro lado, há atos que não são praticados pela Administração Pública, mas que devem ser incluídos entre os atos administrativos, já que se submetem ao mesmo regime jurídico daqueles atos da Administração, reputados como atos administrativos.

Na ausência de um conceito legal de ato administrativo, existem divergências entre os autores e inúmeros critérios têm sido admitidos para conceituá-lo. Ninguém pode arvorar-se o direito de dizer que, dentre os conceitos apresentados pela doutrina, uns mais amplos, outros mais restritos, um seja mais verdadeiro que o outro. Independentemente da conceituação adotada, é pacífico o entendimento de que o ato administrativo provém do exercício da função administrativa, seja ela típica ou atípica, ou dos que façam às vezes do Estado.

Por isso, e apesar da dificuldade em se atribuir um conceito, é importante esclarecer o que entendemos como ato administrativo. Adverte Edmir Netto de Araújo que

a dificuldade em definir determinado objeto científico reside em podermos ficar aquém ou além de sua conotação fundamental pelo que devemos fugir de conceitos inexatos, de falsas premissas, de aspectos não essenciais: com isto poderíamos conceituá-lo, apontando certas características que podem ser encontradas em outros objetos, mas não defini-lo, pois conceituar não é definir, repetimos, embora inúmeros autores empreguem tais vocábulos como sinônimos.³³

Stassinopoulos,³⁴ em que pese ter dividido os atos administrativos em individuais e gerais, apontou como característica fundamental o fato de que a Administração ao agir atua submissa à lei e, por isto os atos administrativos funcionam como decisão executória, isto é, intermedeiam a lei e os atos materiais. Em esclarecedora comparação, ensina que o ato administrativo ocupa, *mutatis mutandis*, na função executiva, o lugar que o julgamento do Tribunal tem na função jurisdicional; assim, pelo ato administrativo, a Administração afirma publicamente sua intenção e seu direito de passar à execução.

Desta forma, o autor conceitua o ato administrativo individual como a declaração de vontade emitida por um órgão administrativo, determinando de maneira unilateral o que é o direito em um caso individual.

Semelhante a este conceito, e também observando uma variação entre atos administrativos em sentido amplo e atos administrativos em sentido estrito, Celso Antônio Bandeira de Mello, conceitua o ato administrativo em sentido amplo, como a

declaração do Estado (ou de quem lhe faça às vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de

³³ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo: Revista do Tribunais. 1992. p. 98.

³⁴ STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des actes administratifs*. Athènes, 1954. Collection de L'Institut Français D'Athènes, p. 239.

prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.³⁵

E ato administrativo em sentido estrito, como a

declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou, excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos ao controle de legitimidade por órgão jurisdicional.³⁶

Extraem-se como características dos atos administrativos: a) declaração jurídica; b) legitimidade do Estado, ou de quem esteja investido em prerrogativas estatais; c) a utilização de prerrogativas públicas; d) ausência de manifestação infralegal, e complementar à lei (excepcionalmente, à Constituição); e) possibilidade de controle pelo Poder Judiciário.

No que tange à característica de o ato administrativo ser uma “declaração”, observa Régis Fernandes de Oliveira que, com isso se pretende

englobar todos os atos, não apenas os de mera manifestação de vontade, mas também os que emitem conhecimento, juízo ou opinião. No entanto, deixe-se claro que a declaração é intelectiva, o que, por si só, exclui os fatos ou operações meramente materiais de qualquer inclusão no conceito de ato administrativo.³⁷

Esclarece, outrossim, que a tarefa material, como o arrastamento do veículo em razão de um guinchamento por estar estacionado irregularmente, ou a demolição de um edifício, vem precedida de um ato que a determine.

Na declaração “de vontade”, importante destacar que *a vontade*, como já salientado anteriormente, não é elemento do ato administrativo, mas uma condição necessária que está embutida na lei, quando esta prevê os efeitos jurídicos que surgirão da prática daquele ato³⁸.

Michel Stassinopoulos³⁹ esclarece o tema, explicando que em toda lei administrativa existe uma ordem tácita, segundo a qual todo órgão deve ter uma vontade sã e completa, mas,

³⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 380.

³⁶ *Ibidem*, p. 382.

³⁷ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 54.

³⁸ Em contrário, Régis Fernandes de Oliveira aponta “ter a doutrina alemã falado em ‘acto administrativo necesitado de coadyuvante’, inicialmente levantada por Otto Mayer, recebendo apoio em Jellinek e acompanhada por Forsthoff. Entendem ditos autores que certos atos não podem existir sem prévia solicitação do destinatário, que deve concorrer com sua vontade no nascimento do ato. A teoria foi abraçada na Argentina por Marienhoff. Assim, por exemplo, o ato que concede naturalização necessita da manifestação do administrado na sua formação.” (*Ato Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 58).

³⁹ STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des actes administratifs*. Athènes: Collection de L’Institut Français D’Athènes. 1954. p. 56.

presume-se que a existência da capacidade para detectar uma vontade semelhante foi verificada e controlada pelo Estado, que conferiu a uma pessoa a qualidade de agente pelo ato de sua nomeação. Por isso, se a pessoa física designada não tem essa capacidade, é bem provável que ela não possa produzir atos conforme a lei. Mas, se, apesar da situação pessoal defeituosa, seu ato não se encontra em conflito com uma lei qualquer, esse ato deve permanecer em vigor (a fim de assegurar a estabilidade das situações administrativas criadas) sem que seja necessário controlar se o órgão tinha ou não a capacidade de direito, sendo esta presumida.

Todavia, se um vício de vontade ocasionou uma violação objetiva da lei, o ato é nulo por causa dessa violação. Como exemplo, o autor cita o caso de um agente que procedeu a uma constatação errônea de uma situação material que é a condição necessária para a aplicação da lei. Neste caso, seu ato é nulo em razão dessa violação.

Sendo a declaração unilateral, deixa claro que o fato do exercício da autoridade pública cria entre a Administração e os administrados uma desigualdade que exclui do ato administrativo todo caráter contratual.

Existem, todavia, muitos casos em que a vontade do administrado não deixa de ter certa importância e, por isto, passamos a ter a impressão de que o ato se compõe de dupla manifestação de vontade.

Por isso, e observando que, ao conceituarmos o ato administrativo, dissemos “ato de manifestação de vontade unilateral”, precisamos esclarecer, assim como fez Stassinopoulos, que o aporte de vontade do administrado é tão-somente condição necessária para a validade do ato, isto é, o consentimento do particular é um elemento externo ao ato administrativo.

Tanto isso é verdade que a manifestação de vontade do administrado é revogável antes da emissão do ato. Por exemplo: o pedido de exoneração de um servidor público pode ser por ele desfeito antes que o pedido seja aceito pela Administração. Todavia, no caso inverso, se o ato administrativo é dirigido ao administrado, este não pode ser livremente revogado.

No mesmo sentido, na falta de consentimento prévio do administrado, a aceitação ulterior do ato equivale, em princípio, a um consentimento, salvo para os casos em que tal aceitação ulterior seja contrária ao espírito da lei.

Verifica-se, portanto, que o ato administrativo é o resultado de uma só vontade, aquela do Estado. Se admitíssemos que a vontade do particular influísse na validade dos atos administrativos, sempre que houvesse um vício daquela manifestação de vontade, estaríamos diante de um ato nulo, ou inválido, o que não é o caso. A validade do ato só estará prejudicada quando a ilegalidade objetiva decorrer do fato de que a condição necessária para a validade do

ato (consentimento do administrado) não teve um nascimento legal por consequência da viciosa declaração de vontade.

Quanto a ser o ato administrativo uma providência jurídica infralegal ou, excepcionalmente, infraconstitucional, a título de lhe dar cumprimento, cabe o destaque de que este é o ponto que diferencia o ato administrativo da lei. Por isto, mesmo os regulamentos (comandos dotados de abstração e generalidade) são para nós atos administrativos, em sentido amplo, pois, assim como os atos administrativos, os regulamentos também devem ser subalternos à lei e não alteram, primariamente, a ordem jurídica.

Outra característica no conceito de ato administrativo é a possibilidade de exame de legitimidade pelo Poder Judiciário. Isso que dizer que os atos administrativos não possuem “definitividade” perante o Direito e, portanto, nesse aspecto, diferenciam-se das sentenças judiciais.

Destacamos como o ponto principal do conceito, o que diz que o ato administrativo é praticado no uso de “prerrogativas públicas”, ou seja, com manifestação de autoridade, sob a regência do Direito Público.

Consideramos tal característica relevante em razão do o sentido de “prerrogativas públicas” estar ligado ao regramento do Direito Público, ou seja, por um conjunto de normas que disciplinam a atividade da Administração Pública e, portanto, sob o enfoque do regime jurídico do ato administrativo.

2.2.4 Elementos e pressupostos dos atos administrativos

A doutrina costuma decompor o ato administrativo em elementos, como abstração, visando facilitar-lhe o estudo. Todavia, até o presente momento, não há consenso doutrinário sobre o que se entende por elementos do ato, sobre o seu número, identificação e terminologia adotada.

Segundo Edmir Netto de Araújo, “elementos são as partes que formam ou constituem as coisas, materiais ou imateriais, compondo um todo para certo fim”.⁴⁰

A terminologia entre os autores varia. Alguns usam a palavra requisitos, como Hely Lopes Meirelles,⁴¹ para mencionar as figuras referidas. Oswaldo A. Bandeira de Mello fala

⁴⁰ ARAÚLO, Edmir Netto de. *Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo: Revista do Tribunais, 1992. p. 40.

⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atualizadores: Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 154.

em causas do ato administrativo, valendo-se desta expressão no sentido aristotélico-tomista de “causas do ser”.⁴²

Na Europa e na América Latina se encontram tanto elementos como requisitos.⁴³ Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “os elementos do ato administrativo são o sujeito, o objeto, a forma, o motivo e a finalidade”.⁴⁴ Lembra que, no direito privado, os elementos do ato jurídico (ou negócio jurídico, na terminologia do Código Civil de 2002) são o sujeito, o objeto e a forma, o que denota as peculiaridades com que o tema é tratado no direito administrativo.

Celso Antônio Bandeira de Mello critica a utilização da expressão “elementos”.

É fácil perceber-se que, dentre estes chamados “elementos”, nem todos realmente o são. Donde a impropriedade do uso da palavra para designar o conjunto batizado sob tal rótulo. Com efeito, o termo “elementos” sugere a idéia de “parte componente de um todo”. Ocorre que alguns deles, a toda evidência, não podem ser admitidos como “partes” do ato, pois lhe são exteriores [...].⁴⁵

O art. 2.º da Lei da Ação Popular (Lei 4.717, de 29.06.1965), faz menção à competência, à forma, ao objeto, ao motivo e à finalidade, como requisitos do ato administrativo, definindo-os no seu parágrafo único do mesmo artigo. A Lei de Processo Administrativo (Lei 9.784, de 29.01.1999), em seu art. 2.º, parágrafo único, faz menção aos critérios que deverão ser observados para a validade dos processos administrativos, enquanto a Lei de Processo Administrativo do Estado de São Paulo (Lei 10.177, de 30.12.1998), no art. 8.º, aponta como inválidos os atos administrativos emanados de pessoa jurídica, órgão ou agente incompetente, com omissão de formalidades ou procedimentos essenciais, com impropriedade do objeto, inexistência ou impropriedade do motivo de fato ou de direito, desvio de poder, falta ou insuficiência de motivação.

Contrariando a maioria da doutrina, Queiró entende que a divisão do ato administrativo em elementos serve mais para complicar do que facilitar a sua análise. São suas palavras:

O agir da Administração está sempre ligado à verificação de determinados fatos ou situações a que a norma administrativa alude. E já vimos que estes fatos, a competência e os fins ou atribuições da Administração são essencialmente uma e a mesma coisa. São formas ou modos de ser duma mesma realidade, ou dum mesmo conceito jurídico que se costuma

⁴² BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007, v. I, p. 438-439.

⁴³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 385.

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 202.

⁴⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 386.

subdividir, quase se diria para obscurecer obstinadamente os problemas de direito administrativo.⁴⁶

Por isso, Régis Fernandes de Oliveira registra que é conveniente que se esclareça, desde o início, a terminologia que será empregada em nosso estudo, a fim de evitar confusões, a saber:

a) sujeito – quem ou aquele que pratica o ato, seja pessoa física (agente público) ou o órgão que representa o estado; b) competência – outorga constitucional ou legal de certa quantidade de poder a determinado agente, órgão ou pessoa jurídica. Atribuições conferidas pelo ordenamento jurídico. Dentro da competência encontra-se a qualificação ou capacidade para o exercício de determinado ato, com o que evitam impedimentos ocasionais; c) objeto – coisa, atividade ou relação sobre as quais o ato pode incidir; d) conteúdo – prescrição do ato. É o próprio ato; e) finalidade – elemento teleológico contido no sistema. Conjunto de atribuições assumidas pelo Estado e encampadas pelo ordenamento jurídico; f) fim – resultado prático a ser alcançado mediante prática do ato. É imediato e deve estar contido no conteúdo da finalidade; g) forma – modo de exteriorização do ato; h) formalidade – meio previsto no ordenamento como modo de manifestação da vontade; i) vontade – normativa (querer da Administração Pública contido na disposição legal); psicológica (própria apenas do agente que participa do ato discricionário). Importa na adequação da vontade psicológica à normativa; j) móvel – intenção do agente. É o elemento moral que impulsiona o agente; k) motivo – pressuposto de fato, circunstâncias objetivas que exigem a prática do ato; l) causa – relação de adequação entre o pressuposto de fato e o conteúdo, ou seja, entre motivo e conteúdo; m) motivação – exposição das razões pelas quais alguém se decidiu; enunciação dos pressupostos que se levou em conta; n) voluntariedade – movimento anímico do administrador.⁴⁷

Partindo do conceito de elemento acima referido, entendemos ser possível falar tão somente em conteúdo e forma. Como explica Régis Fernandes de Oliveira, “é que sempre o ato terá um conteúdo, sob pena de não ser ato. E, para ingressar no mundo jurídico, deverá revestir-se de uma forma. Para que o ato exista, pois, apenas se falará em dois elementos”.⁴⁸

O conteúdo do ato, denominado por André Gonçalves Pereira⁴⁹ de objeto, é a própria prescrição que o ato contém, portanto, é a própria declaração de vontade ou de conhecimento,

⁴⁶ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em direito administrativo. In: *Estudos de direito público*. Coimbra: Coimbra, 1989. v. I, p. 103-104.

⁴⁷ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 74-75.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 75.

⁴⁹ PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1962. p. 99.

por exemplo, em uma demissão de servidor público, o conteúdo do ato é a própria demissão, ou a sanção que se impõe ao servidor.

A forma, por sua vez, é o modo pelo qual se revela a vontade administrativa; é a exteriorização do conteúdo do ato. É através dela que o ato passa a existir.

Na esteira de Celso Antônio Bandeira de Mello, entendemos que as demais “situações”, que outros doutrinadores consideram elementos do ato, são apenas pressupostos ou condicionantes do ato administrativo. São eles: a) pressupostos de existência: objeto (bem sobre o qual recai o conteúdo) e pertinência do ato ao exercício da função administrativa (com a ressalva de não ser restrita ao Poder Executivo); b) pressupostos de validade: subjetivo (sujeito), objetivos (motivo e requisitos procedimentais), teleológico (finalidade), lógico (causa), formalístico (formalização).

Quanto ao pressuposto lógico “causa”, e que André Gonçalves Pereira apontou como elemento, vale citar seu ensinamento elucidando que, já nas primeiras noções a respeito, datadas de 1922/1926, o Conselho de Estado francês tomou a causa como elemento do ato administrativo, ao anular atos de exoneração de funcionários, uma vez que tinham sido motivados, em princípio, por pedido dos funcionários. Quando se confirmou que não houvera tal pedido, os atos foram anulados pelo tribunal, por serem fundados em fatos materialmente inexatos, e carecendo de causa jurídica.

Mesmo diante da doutrina que não aceita causa como elemento do ato administrativo, André Gonçalves Pereira se posiciona, entendendo causa como “uma relação de adequação entre os pressupostos do ato e o seu objeto”, por isto considera-a como elemento essencial do ato administrativo, pois diferentemente dos motivos, possui um sentido objetivo.

Explica que a situação de fato ou de direito que está, necessariamente, na base do ato são os pressupostos e, portanto, todo ato tem, necessariamente, um pressuposto. Assim, é da apreciação desse pressuposto que surge o objeto e, justamente por estas razões, é que acompanhamos Celso Antônio Bandeira de Mello ao salientar que não se trata propriamente de elemento, pois não está na parte intrínseca do ato, mas o antecede de forma condicional lógica.

André Gonçalves Pereira esclarece, ainda, que não considera a vontade e o fim como elementos do ato administrativo.

Ao analisar a vontade, explica que apontá-la como elemento do ato seria causa de uma confusão entre vontade psicológica e vontade normativa. Sem desconhecer a doutrina que inclui a vontade como elemento essencial do ato administrativo, posiciona-se de forma contrária, isto é, entende que a vontade normativa não é elemento (componente) do ato

administrativo, mas sim um efeito legal da reunião de todos os seus elementos (ou seja, uma consequência imputada pela lei).

Para provar sua posição, destaca que, se faltarem a competência, a forma, enfim, os elementos/componentes do ato, o ato administrativo não existirá, ou existirá, mas não será um ato administrativo válido. Assim, por não ter existência autônoma, a vontade normativa não pode ser considerada como elemento do ato administrativo.

No que se refere à vontade psicológica, entende que também ela não é elemento essencial do ato administrativo. Reconhece que é um elemento normal nos atos discricionários (nos atos vinculados à vontade psicológica do agente é irrelevante), pois o agente deve manifestar uma vontade, orientando-se para a persecução do fim legal, de modo que ao se pronunciar deixe claro ter examinado as circunstâncias do caso.

Dessa forma, concluímos que a vontade é sempre objetiva, isto é, “diz respeito ao atuar do agente, tal como previsto normativamente. A vontade é uma imputação normativa, ainda que explicitada pelo agente”.⁵⁰

Diante de tudo isso e em face da ausência de concordância doutrinária sobre a inclusão ou exclusão de certos requisitos, acompanhamos a sistematização de Celso Antônio Bandeira de Mello, que separa os elementos do ato administrativo (conteúdo e forma) dos seus pressupostos, os quais, por sua vez, dividem-se em pressupostos de existência, ou seja, condicionantes de sua existência (objeto, pertinência ao exercício da função administrativa) e de validade, isto é, de sua lisura jurídica (sujeito – pressuposto subjetivo; motivo e requisitos procedimentais – pressupostos objetivos, finalidade – pressuposto teleológico, causa – pressuposto lógico e formalização – pressuposto formalístico). A vontade não é contemplada, nem entre os elementos – pois, quando existente ou quando valorada pelo direito, precede o ato, sendo, pois, impossível considerá-la como parte componente dele – nem entre os pressupostos, por se tratar de uma realidade psicológica, e não jurídica.⁵¹

Passo seguinte seria analisar os atributos dos atos administrativos, isto é, suas características, fixadas com o intuito de diferenciá-los de outros atos jurídicos e de evidenciar a carga autoritária de que seriam dotados. Serão analisados, todavia, dentro do capítulo referente ao poder de polícia. Veremos que os atos expedidos em decorrência do poder de polícia são atos administrativos como quaisquer outros e, portanto, devem possuir

⁵⁰ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 56.

⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 387.

pressupostos e elementos válidos sob pena de serem anulados pela Administração ou pelo Judiciário.

3 PODER DE POLÍCIA

3.1 Evolução

A expressão “polícia” origina-se da palavra grega *politeia*, que, segundo Clóvis Beznos,⁵² significava a constituição da cidade, a constituição do Estado ou, ainda, referindo-se à Administração Pública, o governo. Na antiguidade clássica, não se pode falar na existência de um conceito jurídico de “poder de polícia”, isto porque, naquela época,

a coletividade era a Cidade, o grego não tinha personalidade, era antes de tudo ateniense, espartano, filho da Polis, mais que indivíduo. As necessidades que deveriam ser satisfeitas e reguladas não eram as do indivíduo, e sim, da cidade.⁵³

O antigo grego não conhecia o sentido de liberdade individual; tudo pertencia à cidade, inclusive seu corpo, bens e sentimentos. Portanto, o sacrifício do indivíduo à cidade era a regra, pois ele era “parte ordinária da Polis que compreendia todos os bens comuns”.⁵⁴ Não existindo liberdade individual, também não havia a necessidade de harmonizá-la ao bem-estar da coletividade.

Ainda segundo Clóvis Beznos, a Roma antiga, ao contrário da Grécia, conhecia os direitos individuais, notadamente o patrimônio particular, como extensão do próprio indivíduo; porém, tais direitos existiam como forma de preservação, manutenção e engrandecimento do Império Romano. Todavia, isso foi suficiente para ser conhecida, por via de consequência, a função policial necessária à manutenção do equilíbrio entre esses direitos e o bem comum.

Foi, todavia, na época feudal, em que o povo (vassalos) buscava proteção junto aos senhores feudais (suseranos) contra os exércitos mercenários, que começou a se concretizar o *ius polizei*. Sob um enfoque de poder atribuído ao Príncipe de fazer tudo aquilo que era necessário na busca da boa ordem da coisa pública, tinha como característica “não depender de qualquer pacto anterior com o povo, e, por consequência, recíproca do Príncipe para com o povo, e nem tampouco qualquer limitação ou condição ao seu exercício”.⁵⁵

⁵² BEZNOS, Clóvis. *Poder de polícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 1.

⁵³ *Ibidem* p. 2.

⁵⁴ *Ibidem* p.2.

⁵⁵ *Ibidem* p. 13.

Naquela época, a igreja desempenhava um papel importante, pois era incumbida de zelar pela boa ordem moral e religiosa, enquanto à autoridade do Estado competia a polícia de boa ordem da sociedade civil. Todavia, com a perda do prestígio da Igreja, advinda do movimento renascentista, passamos para o Estado moderno, marcado pelas monarquias absolutas, tidas, na época, “como única solução possível para conduzir à unidade do Estado perdida no período feudal”.⁵⁶

Na primeira fase do Estado moderno, conhecida como Estado de Polícia, o regime de governo era a monarquia absoluta, marcado pelo fato de o direito público ficar na penumbra, vigorando ilimitado poder de administrar, regido por princípios tais como: a vontade do rei é a lei suprema, aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei e o rei não pode errar.

A expressão “polícia” designava os fins e as atividades do Estado. O Príncipe era tido como um representante divino, portanto, eleito por Deus para governar na terra e decidir o destino individual dos homens. A “polícia” era a preocupação de grandeza, de desenvolvimento. O Príncipe utilizava-se da ausência de limites para tornar-se detentor da ideia de progresso do seu país; com isto, suas decisões, quaisquer que fossem, eram tidas como inquestionáveis, pois eram destinadas a buscar a felicidade de seus súditos. Ao Príncipe era facultado regulamentar sobre qualquer assunto, uma vez que não havia limites para o desempenho da função administrativa.

Foi para combater o poder absoluto do Príncipe que se elaborou, em especial pela doutrina alemã, a teoria do fisco,

em consonância com a qual o patrimônio público não pertence ao príncipe nem ao Estado, mas ao fisco, que teria personalidade jurídica de direito privado, diversa da personalidade do Estado, associação política, pessoa jurídica de direito público, com poderes de mando, de império. O primeiro submetia-se ao direito privado e, em consequência, aos tribunais; o segundo regia-se por normas editadas pelo príncipe, fora da apreciação dos tribunais.⁵⁷

Ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro que à bifurcação da personalidade jurídica do Estado correspondeu uma bifurcação de regimes jurídicos, de um lado o

jus politiae (direito de polícia), que, partindo da idéia de poder sobre a vida religiosa e espiritual do povo, concentrou em mãos do príncipe poderes de interferir na vida privada dos cidadãos, sob o pretexto de alcançar a segurança e o bem estar coletivos; de outro lado, o *direito civil*, que regia as relações do Fisco com os súditos e que ficavam fora do alcance do príncipe,

⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p.17.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 17

gerando direitos subjetivos que podiam ser assegurados por meio de controle judicial.⁵⁸

Maria Sylvia⁵⁹, citando Fiorini, afirma que só no Estado Polícia se podia aceitar como denominação exata a qualificação de “ato discricionário”, que tanto podia significar um ato arbitrário, como um ato oportuno e justo.

O passo seguinte da evolução ocorreu com o liberalismo. Em meados do século XVIII (em 1748), foi publicada a obra “O espírito das leis”, de Montesquieu, que, apesar de fazer uma crítica política à estrutura do Estado dos últimos anos, passou a fundamentar toda a estrutura do que se denominou como a segunda etapa do Estado moderno, ou seja, o Estado de Direito, construído a partir de princípios como o da separação dos poderes, da legalidade, da igualdade, todos objetivando assegurar a proteção dos direitos individuais entre os administrados e entre esses e o Estado.

Como esclarece Caio Tácito, em que pese terem, as sementes da limitação da autoridade política remetido, cinco séculos atrás (1215), à revolta dos barões que submeteram João Sem Terra à Magna Carta, duas décadas mais tarde confirmada por Henrique III, de forma que “o trono se autolimitava para sobreviver e o mesmo ímpeto da liberdade forçaria, no século XVII, a que Carlos I se curvasse diante da reivindicação do Parlamento, com a declaração da *Petition of Rights* (1628), que iria culminar, sessenta anos após, no *Bill of Rights* (1689), pelo qual se extinguiu o absolutismo de Jaime II.”⁶⁰, foram a Revolução Norte-Americana e a Revolução Francesa que fizeram nascer uma nova ordem institucional e uma nova estrutura política e social.

A Revolução Norte-Americana e a Revolução Francesa,⁶¹ manifestações movidas pela tônica da igualdade e da liberdade, fizeram nascer uma nova ordem institucional, baseada em

⁵⁸DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001 p. 19.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 19.

⁶⁰ TÁCITO, Caio. Poder de polícia e polícia do poder. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 74, p.63-69, abr./jun. 1985, p.64.

⁶¹ Interessante observar que, contemporânea aos referidos movimentos, ocorria, no Brasil, a Inconfidência Mineira. A Inconfidência Mineira (ou Conjuração Mineira), movimento revolucionário, em Minas Gerais, surgiu em razão de a Coroa portuguesa, no final do século XVIII, intensificar o controle fiscal sobre a sua colônia, proibindo, em 1785, as atividades fabris e artesanais na Colônia e taxando severamente os produtos vindos da Metrópole. A partir de 1783, D. Luís da Cunha Meneses é nomeado para ser governador da capitania de Minas Gerais. Era conhecido pela sua arbitrariedade e violência. Junto com isso, havia o problema da saturação das jazidas de ouro em Minas Gerais, fato esse não compreendido pela Coroa portuguesa, que insistiu na “derrama” na região (cobrança de uma taxa compulsória, obrigando a população a completar a cota imposta por lei de 100 arrobas de ouro -1.500 quilogramas - anuais, quando aquela não era atingida). A conspiração pretendia eliminar a dominação portuguesa das Minas Gerais e estabelecer, ali, um país livre. Não havia a intenção de libertar toda a colônia brasileira, pois naquele momento ainda não havia se formado uma identidade nacional. Também não havia uma intenção clara de libertar os escravos, pois muitos dos participantes do movimento (proprietários rurais, intelectuais, clérigos e militares, dentre eles: Cláudio Manuel

limitação ao poder, uma vez que à autoridade caberia tão-somente uma atividade negativa, “de evitar a perturbação da ordem e assegurar a livre fruição dos direitos de cada um”.⁶²

Com isso, surgiu o conceito clássico de “poder de polícia”, ou seja, aquele poder atribuído à autoridade para fazer o administrado observar os limites do seu direito de forma que, ao exercê-lo, não perturbe o exercício dos direitos pelos demais integrantes da sociedade.

Vicente Pereira do Rego, em 1857, assim ressaltava a pertinência da ação do Estado:

Manter a ordem pública, proteger a propriedade e a liberdade individual, velar nos costumes, assegurar a salubridade pública, são os principais objetos confiados ao cuidado da polícia”.⁶³

Aureliano Leal, também citado por Caio Tácito, ensinava:

A necessidade de regular a coexistência dos homens na sociedade deu origem ao poder de polícia; o estado de consciência que se firmou no indivíduo de que lhe seria impossível viver bem sem submissão a esse poder, fez nascer o dever de polícia.⁶⁴

da Costa, Tomás Antônio Gonzaga, Domingos de Abreu Vieira, Francisco Antônio de Oliveira Lopes, José da Silva e Oliveira Rolim, Luís Vieira da Silva, Inácio José de Alvarenga Peixoto, Joaquim José da Silva Xavier, apelidado de “Tiradentes” – era alferes, portanto, um dos mais simples do movimento, e único a confessar fazer parte e liderar o movimento) eram detentores desse tipo de mão-de-obra. Os inconfidentes escolheram como forma de governo o estabelecimento de uma república, inspirados pelas ideias iluministas da França e da recente independência norte-americana. O governador da Capitania de Minas Gerais – Luís Antônio Furtado de Castro do Rio de Mendonça e Faro, Visconde de Barbacena - estava convicto de que deveria lançar a derrama. Por este motivo, os conspiradores combinaram que a revolução deveria ocorrer no dia em que fosse decretado o seu lançamento. Acreditavam que, assim, o povo a apoiaria por estar descontente e a tropa seria pela mesma razão engajada na luta, fazendo, com isso, que o movimento saísse vitorioso. Desenhou-se a bandeira da nova República, em fundo branco e com um triângulo cercado da expressão latina *Libertas Quae Sera Tamen* - , cujos dizeres foram interpretados pelos inconfidentes como “liberdade ainda que tardia”. Traídos por Joaquim Silvério dos Reis, o movimento foi denunciado e desmantelado em 1789 (ano da Revolução Francesa). Os líderes do movimento foram enviados para o Rio de Janeiro, onde responderam a processo e foram condenados pelo crime de inconfidência (falta de fidelidade ao rei). Cláudio Manuel da Costa faleceu na prisão, ainda em Vila Rica (hoje Ouro Preto). Durante o inquérito, todos negaram a sua participação no movimento, menos Joaquim José da Silva Xavier. Em 18 de abril de 1792, foi lida a sentença no Rio de Janeiro. Doze dos inconfidentes foram condenados à morte. Mas, em audiência no dia seguinte, foi lido decreto de D. Maria I pelo qual todos, menos Tiradentes, tiveram a pena comutada para degredo em colônias portuguesas na África. Tiradentes teve a sua pena executada em 21 de abril de 1792; em seguida, o corpo foi levado em uma carreta do exército para a Casa do Trem, onde foi esquartejado. O corpo foi entregue à Santa Casa de Misericórdia, sendo enterrado como indigente. A cabeça e os quatro pedaços do corpo foram salgados, para não apodrecerem, acondicionados em sacos de couro e enviados para as Minas Gerais, sendo pregados em pontos do Caminho Novo, onde Tiradentes apresentou suas ideias revolucionárias. A cabeça foi exposta em Vila Rica (atual Ouro Preto), no alto de um poste defronte à sede do Governo, como exemplo de castigo, para dissuadir qualquer outra tentativa de movimento contra o poder da metrópole. A Inconfidência Mineira transformou-se em símbolo de resistência para os mineiros, assim como a Guerra dos Farrapos para os gaúchos, a Revolução Constitucionalista de 1932 para os paulistas. Anos mais tarde, Tiradente foi alçado como um dos maiores mártires da independência do Brasil.

⁶² TÁCITO, Caio. Poder de polícia e polícia do poder. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 74, p. 63-69, abr./jun. 1985, p.64.

⁶³ REGO, Vicente Pereira do. *Repetições escritas sobre os elementos de direito administrativo*. 3. ed., p. 106. apud Caio Tácito. Poder de polícia e polícia do poder. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 74, p. 63-69, abr./jun. 1985, p.64.

⁶⁴ LEAL, Aureliano. Polícia e Poder de Polícia. 1918. p. 80. apud Caio Tácito. Poder de polícia e polícia do poder. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 74, p. 63-69, abr./jun. 1985, p.64.

Verifica-se, portanto, que, nesse momento, a regra era o livre exercício dos direitos individuais assegurados nas Declarações Universais de Direito, e a atuação estatal constituía medida de exceção, só podendo limitar o exercício desses direitos para assegurar a ordem pública. Tratava-se de uma polícia administrativa, para assegurar uma polícia de segurança.

Novo momento se inicia, quando o Estado liberal se torna um Estado intervencionista, pois sua atuação, até então limitada à segurança, passa a abranger, também, a ordem econômica e social. Tal fato ocorreu em virtude de a ordem econômica ganhar relevo para a sociedade moderna, transformando o Estado em agente de intervenção, com a finalidade de promover o bem-estar social.

Interessante observar lição de Caio Tácito, no sentido de que a expressão poder de polícia, vigente no ordenamento brasileiro, é a tradução de “police power”, expressão que ingressou pela primeira vez na terminologia legal no julgamento da Suprema Corte norte-americana, no caso *Brow x Maryland*, de 1827, designando o limite ao direito de propriedade, para subordiná-lo a interesses respeitáveis da comunidade,

em sua expressão mais ampla – apontou Mathews – a noção conduziria ao abandono da filosofia individualista do *laissez faire* e à aproximação do coletivismo.⁶⁵

Rui Barbosa,⁶⁶ nos idos de 1915, já destacava a dilatação do poder de polícia para abranger duas grandes classes: a dos interesses econômicos, menos diretos, menos urgentes, menos imperiosos, mais complexos, e a dos interesses relativos à segurança, aos bons costumes, à ordem, interesses mais simples, mais elementares, mais preciosos, mais instantes em qualquer grau de desenvolvimento social nas coletividades organizadas e policiadas.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro observa que

O crescimento do poder de polícia deu-se em dois sentidos: 1) 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, antes concernente apenas à segurança, 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 e tantas outras; 2) de outro lado, passou a possibilitar a imposição de obrigações de fazer, como o cultivo da terra, o aproveitamento do solo, a venda de produtos; a polícia tradicional limitava-se a impor obrigações de não-fazer. Para alguns autores, essas medidas escapam ao poder de polícia e se apresentam como novo instrumento de que o Estado dispõe para intervir na

⁶⁵ TÁCITO, Caio. Poder de polícia e polícia do poder. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 74, p.63-69, abr./jun. 1985, p.65.

⁶⁶ BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1932. v. V, p. 319.

propriedade, com vistas a assegurar o bem-comum, com base no princípio da função social da propriedade.⁶⁷

Diante deste quadro evolutivo, podemos constatar a ampliação das funções do Estado e o aumento do campo de poder de polícia - que antigamente atuava apenas para garantir a ordem, a tranquilidade e a salubridade públicas -, passando a atuar, também, na ordem econômica e social, não somente mediante restrições, mas, inclusive, fazendo imposições. Isso levou parte da doutrina a posicionar-se contrariamente à preservação da noção de poder de polícia no direito administrativo.

Outra linha doutrinária propõe a utilização de termos diferentes: atividade administrativa de limitação, procedimentos ablatórios (Giannini), administração de vigilância, atividade interventora, poder ordenador.

Segundo Odete Medauar:

o ponto nuclear no entendimento de quem prega essa eliminação é a preocupação com um poder de polícia indeterminado, independente de fundamentação legal, baseado num suposto dever geral dos indivíduos de respeitar a ordem ou baseado num “domínio eminente” do Estado.⁶⁸

Todavia, ainda segundo a mesma autora:

Essa louvável preocupação perde consistência ante a realidade presente de mais solidez na concepção de Estado de Direito, ante o princípio da legalidade regendo a Administração e ante a maior valoração dos direitos fundamentais.⁶⁹

Adotamos a mesma noção de poder de polícia de Odete Medauar, no sentido de referida expressão indicar o poder da Administração de limitar, de modo direto e com base na lei, liberdades fundamentais, em prol do bem comum e, por ser expressão mencionada na Constituição Federal (art. 145, II), na legislação (por exemplo: Código Tributário Nacional, art. 78), na doutrina e na jurisprudência, deve ser mantida no estudo da matéria e no ordenamento pátrio.

3.2 Fundamento do poder de polícia

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a

⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 116.

⁶⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.343.

⁶⁹ *Ibidem*. p. 343.

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei;

[...]

Considerando-se que a Constituição é a lei maior de um país, evidentemente nenhuma outra lei poderá contrariá-la, de modo que todo ordenamento jurídico haverá de acatar a sua orientação. Entretanto, a Carta Magna e a legislação ordinária outorgam aos indivíduos uma série de direitos e, além disso, asseguram, por meio de diversos dispositivos, a sua proteção, de modo que cada cidadão tenha plena liberdade para exercê-los, devendo apenas observar os limites que a lei lhe impõe. Nenhuma pessoa, porém, detém sua fruição absoluta e irrestrita, pois não é da natureza do direito conferir prerrogativas ilimitadas, e as liberdades públicas não são exceções à regra.

Diz-se, por isso, que a garantia do exercício de direitos é inerente a todo cidadão. É preciso que cada um os exerça dentro de certos limites, para que os demais também possam exercê-los. Isso significa que tais direitos, conferidos pela lei aos cidadãos, não são incondicionados.

É necessário, portanto, que se encontre um ótimo nível de utilização para satisfazer o interesse individual sem ferir o direito dos outros e o interesse coletivo. Caso contrário, não existirá a garantia de igualdade de todos perante a lei.

A fim de que esse mecanismo se realize de maneira eficaz, torna-se imperativa a existência de uma atividade própria para, simultaneamente, garantir o exercício de direitos pelos cidadãos e coibir os abusos daqueles que não observem seus próprios limites de liberdade.

Essa função cabe inicialmente ao Poder Legislativo, a quem incumbe a formulação de leis que condicionem a fruição dos direitos individuais e coletivos, indicando os limites dentro dos quais eles podem ser exercidos e apontando seus abusos, excessos e as penas a que estão sujeitos aqueles que os cometerem.

Cumpra, assim, o Legislativo o seu papel sem ferir a Constituição, pois ela mesma prevê que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Isso, entretanto, não basta. É preciso, ainda, que a Administração Pública fiscalize, averigüe e verifique, no caso concreto, até onde vão “os direitos individuais diante do genérico e impreciso contorno legal que lhes tenha, em alguns casos, sido dado”.⁷⁰

Não cabe à Administração coibir ou restringir tais direitos, e sim identificar esses limites ou condicionar o seu exercício, “promovendo, por ato próprio, sua compatibilização com o bem-estar social, no que reconhece, *in casu*, as fronteiras legítimas de suas expressões”.⁷¹

E é justamente essa atividade da Administração, limitadora do exercício de direitos e liberdades, que denominamos poder de polícia. É por meio de tal atividade que se manifesta a face de autoridade de forma imperativa. Onde existe um ordenamento, há de existir também medidas para disciplinar o exercício de direitos fundamentais de indivíduos e grupos.

Cabe ao legislativo traçar os contornos e os limites do exercício normal do direito. Portanto, a lei delimita os direitos individuais para que estes não prejudiquem os direitos coletivos. Como estes direitos individuais algumas vezes entram em conflito, é necessário delimitar os pontos até onde podem e devem ir sem ferir o direito dos outros.

Podemos, então, afirmar que a razão, para o poder de polícia, é a supremacia do interesse público sobre o particular, de forma a proteger o interesse social.

Esse mesmo interesse também serve de fundamento para que a Constituição Federal e outras normas de ordem pública atribuam, de forma expressa ou implícita, competência para a Administração Pública fiscalizar, controlar e restringir o uso de bens ou o exercício de direitos e atividades individuais em benefício da coletividade.

Verificamos, assim, que o regime das liberdades públicas assegura o uso normal dos direitos individuais e não o abuso destes; tampouco admite o exercício antissocial desses direitos.

Vimos que as liberdades admitem limitações e os direitos pedem condicionamentos tendentes a proteger o bem-estar social. Importante destacar que o poder de polícia não pode anular as liberdades públicas ou extinguir os direitos fundamentais assegurados pela Constituição.

Esta é a razão para que a Constituição institua garantias voltadas para a defesa dos direitos, todas as vezes que sejam violados. Exemplificando, quando alguém se vê privado injustamente do seu direito de locomoção, utiliza o recurso do *habeas-corpus*; ou se sofre ato abusivo e ilegal, de um direito líquido e certo, procura reparação no mandado de segurança.

⁷⁰ MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Reconceituando o poder de polícia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p.3

⁷¹ *Ibidem*, p.3.

3.3 Ambiguidade do termo poder de polícia. Identificação do objeto

Convém esclarecer, com lição de Celso Antônio Bandeira de Mello,⁷² que a doutrina costuma reconhecer que o designativo poder de polícia⁷³ engloba, sob um único nome, um

⁷² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 26. ed. 2009. p. 815.

⁷³ Carlos Ari Sunfeld entende que a expressão “poder de polícia” é equívoca. Diz tratar-se de “designativo manifestamente infeliz”, em face da ambigüidade do termo, tornando-o, pelo menos, perigoso: a) Engloba, sob um único nome, coisas radicalmente distintas, submetidas a regimes diversos: leis e atos administrativos, isto é, disposições superiores e providências subalternas. “Já isto seria, como é, fonte de muitas confusões, pois leva, algumas vezes, a reconhecer à Administração poderes que seriam inconcebíveis (no Estado de Direito), dando-lhe uma sobrançeria que não possui, por ser imprópria de quem nada mais pode fazer senão atuar com base em lei que lhe confira os poderes tais ou quais e a serem exercidos nos termos e forma por ela estabelecidos; b) além disso, a expressão “Poder de Polícia” traz consigo a evocação de uma época pretérita, a do “Estado de Polícia”, que precedeu ao Estado de Direito. Traz consigo a suposição de prerrogativas dantes existentes em prol do “príncipe” e que se faz comunicar inadvertidamente ao Poder Executivo. Em suma: raciocina-se como se existisse uma “natural” titularidade de poderes em prol da Administração e como se dela emanasse, intrinsecamente, fruto de um abstrato “poder de polícia”.

A crítica dos inconvenientes desta expressão também foi feita por Agustín Gordillo, segundo quem melhor seria que fosse banida do vocabulário jurídico, por entendê-la defasada no tempo (*Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Macchi-Lopes, 2000, t. II, p. XII-1 e XII-2. Destaca Gordillo que o poder de polícia compreendia, na Antiguidade, a proteção de valores como segurança, salubridade e moralidade públicas, mas quase acima da ordem jurídica – portanto, praticamente, como conceitos metajurídicos. O autor, na explanação de seu pensamento, chega à conclusão da inexistência de regime determinado para as “medidas de polícia”, quer legislativas ou executivas, distinto do resto da atividade estatal. Assinala, ainda, que a lei se encontra limitada pela Constituição e que à Administração compete cumprir os termos da lei. Alguns preferem trocar a expressão “poder de polícia”, surgindo os termos: atividade administrativa de limitação (Luis Manuel Fonseca Pires propõe em substituição ao poder de polícia a expressão “limitações administrativas”, classificando-as em limitações em sentido amplo, atividade da função legislativa, e em sentido estrito, manifestação da função administrativa - *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*. São Paulo: Quartier Latin, 2006 p.126), procedimentos ablatórios (Giannini), administração de vigilância; mais recentes: atividade interventora, administração ordenadora (Carlos Ari Sunfeld sugere essa nova expressão, propondo a abolição da expressão consagrada, no direito brasileiro. Com essa nova expressão, abarca a constituição de direitos privados por ato administrativo (autorizações, licenças e atos do gênero), a regulação administrativa do exercício dos direitos titularizados pelos particulares e imposição de limites (*non facere*), encargos (*facere*) e sujeição (*pati*) de direitos enquanto situações subjetivas passivas, bem como os deveres-poderes da autoridade derivados da relação jurídico-administrativa, quais sejam, as competências de imposição, fiscalização, repressão de infrações via sancionamento administrativo e execução dos condicionamentos. - SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 38-85. - Sunfeld inclui na atividade de ordenação os sacrifícios de direito e as prestações de particulares em favor da Administração (op. cit, p. 27). Além da *atividade ordenadora*, identifica a *atividade de gestão* e *atividade de fomento*, como, pelo menos, os grandes setores da ação administrativa. (Dividindo a atividade de ordenação, de prestação, de fomento e de sancionamento, Cf. SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*. 2. ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, v. II, p. 261) e regulação.

Celso Antônio Bandeira de Mello e Lúcia Valle Figueiredo concordam com as observações de Gordillo. Atualmente, na maioria dos países europeus (de que a França constitui exceção), em geral, o tema é tratado sob a titulação “Limitações Administrativas à liberdade e a propriedade” e não mais sob o rótulo de “Poder de Polícia”.

Odete Medauar faz uma contestação à crítica feita à noção, destacando: “No século XIX e primórdios do século XX, o poder de polícia era focado sob o único prisma de garantir a ordem, a tranquilidade e a salubridade públicas. Com a ampliação das funções do Estado, aumentou o campo de poder de polícia, para atuar também na ordem econômica e social e não somente mediante restrições, mas, ainda, por imposições. Isso contribuiu para o surgimento de linha doutrinária adversa à preservação da noção de poder de polícia no direito administrativo. [...] Outra corrente prega a eliminação da noção de poder de polícia do direito

sentido amplo, correspondendo à “atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos”; abrange atos do Legislativo e do Executivo; abarca, portanto, a própria atividade legislativa, além da administrativa. Em sentido estrito, relaciona-se com:

as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais como as autorizações, as licenças, as injunções) do Poder Executivo, destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais.

Entendemos, todavia, que atribuir a “poder de polícia” mais de um sentido, ou seja, um sentido amplo e um sentido estrito, causa confusão na compreensão do instituto, pois a mesma expressão (poder de polícia) é utilizada para referir-se a atividades exercidas no desempenho de funções diferentes.

Na doutrina nacional, é muito comum encontrar as expressões “poder de polícia” e “polícia” (ou “polícia administrativa” ou ainda “atos de polícia”), no sentido de a primeira se referir à atividade de limitação de direitos no desempenho de função legislativa e a segunda, à atividade realizada em função administrativa.

Entendemos que parte desse problema terminológico reside no fato de a doutrina nacional adotar os termos utilizados no direito estrangeiro.

Roberto Dromi, por exemplo, diz que poder de polícia

É parte da função legislativa que tem por objeto a promoção do bem-estar geral, regulando com esse fim os direitos individuais, reconhecidos expressa ou implicitamente pela Constituição Nacional, estendendo-se até onde a

administrativo. Dentre seus representantes encontra-se o argentino Gordillo. Uma das justificativas dessa idéia está na ampliação do campo do poder de polícia; ampliando-se, perdeu as características do modelo clássico; assim a função se distribuiu por toda a atividade estatal e se diluiu. Na verdade, ocorreu evolução e expansão, em decorrência das necessidades e do desenvolvimento geral da vida em sociedade. Exemplo muito claro está no amplo exercício do poder de polícia no campo da poluição e da proteção do meio ambiente, algo impensável no estágio de desenvolvimento do século XIX e primórdios do século XX. O próprio Gordillo, no mesmo capítulo do seu *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, parte geral, afirma que essas faculdades de limitar direitos fundamentais, em prol do bem comum, existem; e diz mais: a coação estatal sobre os particulares para a consecução do bem comum continua sendo uma realidade no mundo jurídico. Parece que o ponto nuclear no entendimento de quem prega essa eliminação é a preocupação com um poder de polícia indeterminado, independente de fundamentação legal, baseado num suposto dever geral dos indivíduos de respeitar a ordem ou baseado num “domínio eminente” do Estado. Essa louvável preocupação perde consistência ante a realidade presente de mais solidez na concepção de Estado de Direito, ante o princípio da legalidade regendo a Administração e ante a maior valoração dos direitos fundamentais. A noção de poder de polícia permite expressar a realidade de um poder da Administração de limitar, de modo direto, com base legal, liberdades fundamentais, em prol do bem comum. Essa realidade inquestionável é reconhecida pelos próprios autores que pregam a eliminação do conceito. Portanto, a noção de poder de polícia é a expressão teórica de um dos modos importantes de atuação administrativa, devendo ser mantida, sobretudo no ordenamento pátrio, em que vem mencionada na Constituição Federal (art. 145, II), na legislação (por exemplo: Código Tributário Nacional, art. 78), na doutrina e na jurisprudência” (*Direito administrativo moderno*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 342-343).

promoção do bem-estar geral o faça conveniente ou necessário dentro dos limites constitucionais (arts.19 e 28, Constituição Nacional). O poder de polícia se manifesta através de normas gerais, abstratas, impessoais, objetivas, e seu objeto é mais amplo que a polícia, pois versa sobre a limitação dos direitos reconhecidos a fim de promover o bem-estar geral.⁷⁴

Enquanto que “polícia”

É a parte da função administrativa que tem por objeto a execução das leis de polícia. Manifesta-se através de normas particulares (atos administrativos) que constituem a individualização ou concreção da norma jurídica geral ou abstrata.⁷⁵

Odete Medauar, ao ensinar que poder de polícia é atividade administrativa, esclarece que,

há autores, como o argentino Escola, que inspirados no direito norte-americano, vem o poder de polícia como atividade do Poder Legislativo; na verdade as limitações ao exercício de direitos devem ter base legal e muitas vezes a Administração atua no estrito cumprimento da lei; mas, no Brasil, poder de polícia é sobretudo, atividade administrativa, porque abrange também a apreciação de casos concretos, a fiscalização e imposição de sanções.⁷⁶

A expressão “poder de polícia”, adotada em mais de um sentido, ou seja, numa acepção ampla e numa acepção restrita, como acima referido, torna-se ambígua.

Ambiguidade é a condição, de uma palavra, de possuir mais de um significado. Uma palavra ambígua pode ser vaga, como geralmente é, em cada uma das suas distintas acepções. Vaguidade, diferentemente, é a falta de precisão no significado de uma palavra. Assim, uma palavra é vaga na medida em que há casos, reais ou imaginários, em que sua aplicação é duvidosa.

Agustín Gordillo⁷⁷ também registra que as palavras não são mais que rótulos que colocamos nas coisas, e, desse modo, a linguagem comum das palavras apresenta-se, muitas vezes, afetada de vaguidade e ambiguidade e, por isso, de pouco serve para a linguagem científica. Propõe, por essa razão, a construção de uma linguagem artificial, ensinando que:

⁷⁴ DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 11. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2006. p. 906: “*es parte de la función legislativa que tiene por objeto la promoción del bienestar general, regulando com esse fin los derechos individuales, reconocidos expresa o implícitamente por la CN, extendiéndose hasta donde la promoción del bienestar general lo haga conveniente o necesario dentro de los limites constitucionales (arts. 19 y 28, CN). El poder de policía se manifiesta a través de normas generales, abstractas, impersonales, objetivas, y su objeto es más amplio que la policía, pues versa sobre la limitación de los derechos reconocidos a fin de promover el bienestar general*”.

⁷⁵ DROMI, Roberto, op. cit., p. 907. “*Policía es la parte de la función administrartiva que tiene por objeto la ejecución de las leyes de policía. Se manifiesta a través de normas particulares (actos administrativos) que constituyem la individualización o concreción de la norma jurídica general o abstracta*”

⁷⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 344.

⁷⁷ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 8. ed., Buenos Aires: F.D.A., 2003. t. 1. Parte Geral

não existe nenhuma obrigação de atentar-se ao uso comum, mas quando empregamos uma palavra de maneira distinta ao uso comum, devemos informar a nossos ouvintes acerca do significado que lhe damos. Inversamente, quando não informamos a nossos ouvintes o sentido em que estamos usando as palavras, eles têm todo o direito de considerar que as estamos usando em seu sentido convencional; em outras palavras, que seguimos o uso comum.⁷⁸

Gordillo reconhece que em direito administrativo, muitas palavras são de difícil compreensão e que não agregam clareza à linguagem. Cita as expressões “ato administrativo” e “direito administrativo” para exemplificar o conteúdo vago. Explica que todas as palavras têm uma zona central, em que seu significado é mais ou menos certo, e uma zona exterior, na qual sua aplicação é menos usual, tornando-se cada vez mais duvidoso saber se a palavra pode ser aplicada ou não.

O autor ensina que a solução para o problema é encontrada, em parte, buscando o contexto em que a palavra está sendo empregada por quem a utiliza, a expressão em que aparece, ou se está incluída nas situações nas quais opera com função de conexão.

Reconhece, todavia, que tal solução não é suficiente para as palavras de direito administrativo, pois sua zona periférica de incertezas é muito ampla. Assim, torna-se metodologicamente necessário tratar de estipular um campo de aplicação, o mais preciso possível (nunca será totalmente) para saber, então, qual é o campo de aplicação de um determinado “regime jurídico” e não de outro. Isso não dará exatidão à análise dos problemas jurídicos, mas sim racionalidade no tratamento de tais problemas.

Portanto, para estipular definições em direito administrativo, é preciso, antes de mais nada, reconhecer que não há uma única definição possível para cada instituto, necessariamente válida em determinado ordenamento jurídico, e que todos os outros que não a compartilham não incorrem em erro. O passo seguinte é identificar os objetos de estudo e análise para reconhecer os pontos comuns e diferentes, a fim de inseri-los em um mesmo grupo ou em grupos diferentes. Por fim, deve-se buscar o regime jurídico imperativo aplicável a essa realidade, a fim de investigar os elementos que recebem o mesmo tratamento jurídico e os que recebem tratamento distinto. Se um grupo de premissas recebe substancialmente igual regime jurídico, então será conveniente agrupá-las em uma mesma definição.

Classificar é empregar palavras de classe. Assim, agrupamos diversos elementos em uma mesma denominação, de acordo com as características que têm em comum. Ao usarmos

⁷⁸ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 8 .ed., Buenos Aires: F.D.A., 2003. t. 1. Parte Geral, p. I-16. (tradução livre)

a mesma palavra para nos referirmos a coisas diversas, tratamos a estas como se fossem todas iguais e ignoramos suas diferenças.

Fica claro, portanto, que, no direito administrativo, cada expressão usada tem seu próprio significado, o qual faz parte de um contexto e deve ser compreendido pelos que dele fazem uso, não havendo palavras inúteis e desnecessárias.

Sendo o Direito uma ciência que se expressa através do uso da língua, entendida como o sistema convencional de signos, que permite a comunicação entre os membros da sociedade, imprescindível a preocupação do operador do Direito com o significado que empresta às palavras.

Paulo de Barros Carvalho⁷⁹ ensina que, embora os homens se comuniquem por outros códigos, como a expressão corporal, o vestuário, a música, entre outros, estamos nos referindo à língua como idioma, na condição de instrumento para viabilizar tal comunicação.

Vilém Flusser,⁸⁰ observando a importância da língua no sistema de comunicação, registra que “a língua, isto é, o conjunto dos sistemas de símbolos, é igual à totalidade daquilo que é apreendido e compreendido, isto é, a totalidade da realidade”.

As lições do filósofo destacam o fato de que uma palavra, empregada pelo direito em determinado idioma, quando traduzida para outro, como a palavra “poder” (no sentido de “ter a possibilidade de”) pode causar distorção do seu sentido, não se conformando à realidade.

Vale a pena transcrever passagem daquele autor, a respeito do conceito de “poder”, no idioma português:

A potencialidade é realizada *in statu nascendi*, ou, para falarmos tecnicamente, a potencialidade acrescida da necessidade resulta em realidade. O verbo *poder* significa, portanto, quase exatamente aquilo que Heidegger tenta pensar ao dizer que o *nada nadifica*. *Poder* significa *não-ser tendendo para ser*. *Poder*, como demonstra claramente o substantivo, é um conceito dinâmico, que admite aumento e diminuição. Algo *pode mais* ou *pode menos*; tem poder maior ou menor; está mais próximo ou mais afastado da realidade. O substantivo poder é a substantivação do nada em seu progresso rumo à realização. O poder total, o poder perfeito é a realidade. O conceito é o de uma luta darwinista pelo poder, é a pressão do nada na direção do ser; as espécies nadificantes querem chegar ao poder, para se realizarem. A realidade é a ponta de lança do poder: o que é o é porque podia. *Não pode* é a proibição de realização; também em sentido ético, significa quase *não deve*. *Poder* e *dever* são conceitos ligados entre si, e tenho certeza de que um estudo fenomenológico das duas palavras esclarecerá fundamentalmente o sistema ontológico que suporta a língua portuguesa. Revelará, conforme creio, uma tendência da língua na direção

⁷⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Língua e linguagem*. Apostila da disciplina Filosofia do direito I do programa de mestrado e doutorado da PUC/SP.

⁸⁰ FLUSSER, Vilém. *Língua e realidade*. 2. ed. São Paulo: Annablume, 2004 . p.201.

do fatalismo (dever=poder). A tradução da palavra *poder* para o inglês revela-se como sendo de uma ambigüidade insuperável.⁸¹

Identificar o objeto, nesse momento, significa apontar quais elementos consideraremos para buscar identificar ou diferenciar os diversos institutos de direito administrativo apontados, pela doutrina, como próximos ou substitutos de “poder de polícia”.

Antes disso, porém, destacamos que a noção de direito é de suma importância, justamente em razão dos limites por ele estabelecidos, ou seja, o papel do direito é fixar limites para a conduta humana. Por essa razão, Kant considerava o direito como o conjunto de condições que limitam as liberdades para tornar possível o acordo entre elas.

Diante desse quadro, importante observar que o direito e a liberdade individuais não cedem espaço ao exercício do poder de polícia, nem com ele se confundem.

Celso Antônio Bandeira de Mello cita lição de Renato Alessi para deixar claro que não se deve confundir liberdade e propriedade com direito de liberdade e direito de propriedade. Isto é, os dois últimos são expressões jurídicas dos dois primeiros. Destarte, não há como falar em “limitação administrativa” ao direito de liberdade e/ou de propriedade. As limitações ou restrições à liberdade e à propriedade definem o direito à liberdade e o direito de propriedade, traçam o perfil da sua existência.

Adotamos, por isso, o mesmo conceito de Letícia Queiroz de Andrade,⁸² para quem poder de polícia é:

A parcela da função administrativa que disciplina a liberdade e propriedade dos indivíduos, interferindo no campo que lhes é próprio, mediante a imposição de limites (deveres de não fazer) e encargos (deveres de fazer), de modo preventivo ou repressivo, para o fim de adequar sua conduta à vida em sociedade.

Antes de analisarmos cada elemento desse conceito, explicitamos nossa preferência pela expressão “poder de polícia”, ao invés de outros termos sugeridos na doutrina, pelas seguintes razões: a) “poder de polícia” é o termo utilizado pela Constituição Federal e por outras normas legais; b) não entendemos que a expressão represente qualquer regressão ao “Estado de Polícia”, visto que, cientificamente, podemos esclarecer que referida atividade é desempenhada de acordo com o Direito; c) o uso da expressão “polícia”, ou “atos de polícia”, poderia causar a impressão de se referir a uma atividade da corporação policial, o que não é verdade.

⁸¹ FLUSSER, Vilém. *Língua e realidade*. 2.ed. São Paulo: Annablume, 2004.p.121.

⁸² ANDRADE, Letícia Queiroz de. Regulação e poder de polícia: distinções conceituais juridicamente relevantes. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício (coord.). *Intervenções do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 56.

Esclarecemos, ainda, respeitando opiniões contrárias, que adotamos entendimento no sentido de que as limitações à liberdade e à propriedade, no exercício de atividade legislativa, não configuram exercício de “poder de polícia”. Para nós, referidas limitações são atividades tipicamente legislativas, ou seja, exercício de função legislativa de identificar direitos e traçar-lhes os limites, segundo os princípios constitucionais.

Nesse sentido, oferecemos trecho da obra *Poder de Polícia*, de Clóvis Beznos, que, citando Merkl, esclarece:

Assim, não se constitui em atividade policial a edição de leis, ainda que as mesmas cominem penas coativas para o caso de perturbações da ordem. Tal atividade constitui-se em legislação policial, mas, não é em si mesma, polícia, visto que não é atividade administrativa. Sustenta, também, que os atos da justiça, em especial os da justiça penal em determinadas circunstâncias, antepõem-se às perturbações da ordem, mediante o uso de coação.⁸³

Clóvis Beznos, em sua proposta de novo enfoque da questão, refuta a posição da doutrina, entendendo que a atuação legislativa, realizada no sentido de precisar os direitos garantidos pelo sistema, é limitadora de direitos individuais. Defende que a atividade legislativa, que desenha o perfil dos direitos assegurados no sistema jurídico, não se constitui, de forma alguma, em atividade limitadora de direitos, mas assegura os próprios valores albergados no sistema.

Agora, podemos analisar cada um dos elementos do conceito que atribuímos a “poder de polícia”.

O primeiro deles é: “poder de polícia é “parcela da função administrativa”. Portanto, estão fora do conceito de poder de polícia quaisquer manifestações a respeito do exercício de função legislativa e jurisdicional.

Por isto, esclarecemos:

a Administração exerce função: a função administrativa. Existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. (...) Quem exerce função administrativa está adstrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade.⁸⁴

Entendemos que parte do problema que circunda o tema “poder de polícia” deixa de existir, se afastarmos a noção de “poder de polícia” em sentido amplo, ou seja, referindo-se a atos no exercício de função legislativa.

⁸³ BEZNOS, Clóvis. *Poder de polícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 53.

⁸⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 26.ed., 2009, p. 71.

Isso porque, se conceituamos “poder de polícia”, em sentido estrito, como parte da função administrativa, não podemos admitir que a mesma expressão, em sentido amplo, esteja, também, inserida no campo da função legislativa.

O estudo da teoria das funções estatais tem a finalidade de identificar e diferenciar as funções. Para a correta identificação dos limites de cada uma dessas funções, não podemos considerar um instituto do direito como parcela da função administrativa e, ao mesmo tempo, da função legislativa. De outra forma, estaríamos reconhecendo a existência de uma zona de intersecção entre as duas funções e isto causaria a imprestabilidade da teoria tomada no aspecto objetivo formal e material.

As funções legislativa e administrativa são espécies diferentes de atuação estatal, ou seja, adotando os critérios material e formal, podemos identificar regimes jurídicos diferentes. Podemos dizer que formam conjuntos diferentes entre si e, por essa razão, não devemos considerar um instituto como pertencente a ambas as funções.

Admitir que poder de polícia é, ao mesmo tempo, atividade legislativa e administrativa, descaracteriza toda a construção da teoria das funções.

Dizendo ser parcela da função administrativa, também estão excluídas do conceito as limitações provenientes de outros campos do direito, como, por exemplo, as limitações do direito de vizinhança impostas pelo direito civil.⁸⁵

O segundo elemento do nosso conceito de poder de polícia - “que disciplina a liberdade e propriedade dos indivíduos” - refere-se ao objeto da atividade. Nesse caso, como já apontamos anteriormente, a atividade recai sobre a liberdade e a propriedade e não sobre o direito de liberdade ou sobre o direito de propriedade. Dessa forma, quando legitimamente exercida, a atividade de limitação não gera qualquer indenização. Leticia Queiroz de Andrade esclarece: “a imposição de tais limitações e encargos não constitui sacrifício ou violação de direitos, pois eles já continham tais limitações desde o nascedouro, razão pela qual não há indenização”.⁸⁶

O elemento seguinte - “interferindo no campo que lhes é próprio” - diferencia o instituto em análise da regulação.

O poder de polícia não pode ser confundido com as atividades de regulação. Ambos os institutos se aproximam, em virtude de se referirem, em regra, a comandos infralegais

⁸⁵ No mesmo sentido: ANDRADE, Leticia Queiroz de. Regulação e poder de polícia: distinções conceituais juridicamente relevantes. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício (coord.). *Intervenções do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 59.

⁸⁶ ANDRADE, Leticia Queiroz de. Regulação e poder de polícia: distinções conceituais juridicamente relevantes. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício (coord.). *Intervenções do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 59.

(portanto, não inovam originariamente o mundo jurídico) limitadores ou condicionantes das atividades dos cidadãos.

A atividade de regulação até pode ser entendida como de imposição de condições aos administrados; todavia, difere do poder de polícia no que tange ao fundamento de validade e à forma desse condicionamento.

O fundamento de validade para o poder de polícia é a sujeição geral, imposta a todos os indivíduos, ao cumprimento da lei. Portanto, o poder de polícia, ainda que expresso por meio de ato administrativo, retira sua força do comando legal.

Letícia Queiroz de Andrade esclarece:

a administração pública só pode impor obrigações de fazer ou deixar de fazer aos cidadãos que tenham sido instituídas por lei. Ou seja, não pode instituir novas obrigações para os cidadãos, mas tão-somente impor as que já foram instituídas por lei.⁸⁷

Diferentemente, o fundamento de validade para a regulação, em sentido estrito⁸⁸ (exercida sobre as atividades cuja titularidade é monopolizada pelo Estado, mas que são prestadas pela iniciativa privada), é

o vínculo especial de sujeição existente entre contratante e contratado em razão da celebração do correspondente contrato de concessão e permissão que, dentre outras medidas, autoriza o contratado a desempenhar aquela atividade, sob determinadas condições.⁸⁹

⁸⁷ ANDRADE, Letícia Queiroz de. Regulação e poder de polícia: distinções conceituais juridicamente relevantes. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício (coord.). *Intervenções do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.64.

⁸⁸ Letícia Queiroz de Andrade explica que a Constituição autoriza o uso da expressão regulação em sentido bastante amplo, pois com ela refere tanto a atividade exercida por algumas agências reguladoras sobre a prestação de serviços públicos pela iniciativa privada (art. 21, XI), quanto o papel do Estado como agente regulador da economia como um todo (art. 174). Do ponto de vista jurídico, a atividade de regulação é bastante diversa conforme o objeto sobre o qual recai, o que recomenda seja utilizada nomenclatura adequada para indicar a distinção. Dessa forma, regulação, em sentido amplo, pode ser a atividade de imposição de condicionamentos aos indivíduos e, assim, possui características diversas, conforme incida sobre: a) atividades econômicas abertas à livre iniciativa privada; ou b) atividades cuja titularidade é monopolizada pelo Estado, mas prestadas pela iniciativa privada, como os serviços públicos, atividades econômicas monopolizadas e o uso de bens públicos. Quanto aos aspectos materiais dessa diferença, a regulação exercida sobre (b) atividades cuja titularidade é monopolizada pelo Estado, mas que são abertas à livre iniciativa privada, distingue-se da outra em razão da existência de um contrato de concessão ou permissão, por meio do qual se autoriza (e regula) a prestação por parte da iniciativa privada. Disso derivam outras atividades, abrangidas sob o rótulo de regulação, que não existem na regulação das atividades referidas em (a) atividades econômicas abertas à livre iniciativa privada. Cite-se como exemplo toda a atividade de planejamento e modelagem da licitação prévia à celebração desses contratos e a gestão de tais contratos por parte do Poder Público, o que inclui, por exemplo, a tarefa de assegurar seu correspondente equilíbrio econômico-financeiro. Tais atividades, que os autores não hesitam em enquadrar sob o rótulo de regulação, não existem quando se trata da regulação exercida sobre as atividades econômicas em sentido estrito, porquanto não há contrato a ser regulado. (Regulação e poder de polícia: distinções conceituais juridicamente relevantes. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício (coord.). *Intervenções do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.63-64).

⁸⁹ ANDRADE, Letícia Queiroz de. Regulação e poder de polícia: distinções conceituais juridicamente relevantes. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício (coord.). *Intervenções do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.64.

Verificamos, assim, que as atividades abertas à livre iniciativa e, portanto, no regime da sujeição geral, constituem o campo próprio para o exercício do poder de polícia.⁹⁰ Nesse campo, caberá apenas ao ente privado decidir se desempenhará ou não aquela atividade. Todavia, frisamos que o seu exercício não será totalmente livre, mas sofrerá as limitações e encargos impostos pelo poder de polícia. Como exemplo, citamos a atividade de comércio: embora aberta à livre iniciativa, sujeita-se aos condicionantes legais, que são impostos pela atividade da administração pública (alvará de funcionamento, horário de abertura e fechamento, condições de higiene etc.).

O próximo elemento do conceito a ser analisado é “mediante a imposição de limites (deveres de não fazer) e encargos (deveres de fazer)”.

Esse elemento do conceito é objeto de divergências doutrinárias.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o poder de polícia traz, na sua essência, tão-somente uma obrigação de não-fazer. Sustenta que, através do poder de polícia, se pretende, em geral, evitar um dano, evitar um mal proveniente da ação dos particulares. Ao contrário, ou seja, quando se objetiva uma prestação positiva, fala-se em prestação de serviços públicos, como o é o oferecimento de uma comodidade ou utilidade aos cidadãos.

Entende que caracterizar o poder de polícia como positivo ou negativo depende apenas do ângulo através do qual se encara a questão. Com efeito, tanto faz dizer que através dele a Administração evita um dano e, portanto, seria negativo, quanto que, por seu intermédio, ela constrói uma utilidade coletiva e, nesse caso, seria positivo.

Frisa, ainda, que,

O Poder de Polícia tem, contudo, na quase-totalidade dos casos, um sentido realmente negativo, mas em acepção diversa do examinado. É negativo no sentido de que através dele, o Poder Público, de regra, normalmente pretende uma abstenção (e não uma atuação) do particular, uma obrigação de não-fazer. Por meio dele normalmente não se exige nunca um *facere*, mas um *non-facere*.⁹¹

Ou seja, mesmo quando se exige a prática de um ato pelo particular, o objetivo é quase sempre uma abstenção: evitar um dano oriundo do mau exercício do direito individual. Assim, quando o poder de polícia impõe, aparentemente, uma obrigação de fazer, como exibir planta para licenciamento de construção, fazer exame de habilitação para motorista, colocar equipamento contra incêndio nos prédios, o poder público não quer tais atos. Quer evitar que

⁹⁰ No mesmo sentido BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 817.

⁹¹ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 823.

as atividades ou situações pretendidas pelos particulares sejam efetuadas de maneira perigosa ou nociva, o que ocorreria se realizadas fora dessas condições.

A utilidade pública, nesses casos, é conseguida de modo indireto pelo poder de polícia, em contraposição à obtenção direta de tal utilidade pelos serviços públicos (por exemplo, serviços de energia elétrica, de transportes etc.).

Tanto os serviços públicos como o poder de polícia são prestações do Estado, mas enquanto os primeiros consistem, em si mesmos, no oferecimento de uma utilidade, o segundo obtém a utilidade por via oblíqua, isto é, por via de uma abstenção do particular. Aí está a essência do poder de polícia, para Santi Romano.⁹²

Alguns autores, todavia, consideram como inseridas no poder de polícia as obrigações de fazer. Assim, Agustín A. Gordillo critica a conotação dada ao poder de polícia como uma atividade de “não-fazer”, em lugar de “fazer”.

E assevera:

E que a atividade policial seja somente proibitiva é uma concepção sem uso, atualmente: as obrigações de fazer instalações de segurança contra acidentes, de primeiros auxílios etc.; a obrigação de vacinar-se, de pôr silenciadores nos escapamentos de veículos, de construir muros, de expor ao público listas de preços, de colocar no comércio chapas com identificação do ramo e do proprietário, de uso de aventais etc., são todas obrigações policiais positivas e não meras proibições. Logo, também desapareceu esta característica de polícia.⁹³

Nessa linha, Lúcia Valle Figueiredo também sustenta que a polícia administrativa não se constitui, apenas, em obrigação de não-fazer.⁹⁴

Com esse elemento, pretendemos, também, demonstrar a evolução nas exigências de polícia,

que não se restringem à demanda de que o indivíduo deixe de incomodar a sociedade; determinam atuações positivas do indivíduo em benefício da sociedade, para o que impõem não só limites à sua atuação, mas também determinados encargos.⁹⁵

Exemplo disto são os condicionamentos do uso da propriedade imobiliária a fim de que se conforme ao atendimento de sua função social. O artigo 182, § 4º, incisos I e II da Constituição Federal, impõe ao proprietário de imóvel urbano atuações positivas, ou seja, que

⁹² BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 824.

⁹³ GORDILLO, Agustín A. *Tratado de derecho administrativo*. 8.ed. Buenos Aires: F.D.A., 2003, t. 2, p.V-14.

⁹⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 313.

⁹⁵ ANDRADE, Leticia Queiroz de. Regulação e poder de polícia: distinções conceituais juridicamente relevantes. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício (coord.). *Intervenções do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.62.

proceda ao parcelamento ou efetue edificação, se área incluída no Plano Diretor do Município estiver subutilizada ou não-utilizada, tudo conforme disposto na Lei Federal nº 10.257, de 10-07-01 (Estatuto da Cidade).

O elemento seguinte - “de modo expresso ou repressivo” - serve para esclarecer que o poder de polícia tanto pode ser exercido de modo repressivo, por meio de aplicação de multas, encargos, interdições e outras sanções, como de modo preventivo, através de exigência de obtenção prévia de autorizações, alvarás, licenças.

Letícia Queiroz de Andrade⁹⁶ rejeita esse elemento como critério para distinguir as atividades da polícia administrativa daquelas pertinentes à polícia judiciária, pois entende que tanto uma quanto a outra podem se manifestar de modo preventivo ou repressivo.

O último elemento do conceito a ser analisado é “para o fim de adequar sua conduta à vida em sociedade”. Embora não apresente maiores problemas, visto se tratar da finalidade do instituto poder de polícia - adequar a propriedade e a liberdade dos indivíduos à vida em sociedade -, diferencia-se da atividade de regulação, segundo a citada autora⁹⁷, em razão de a regulação, apesar de ser de titularidade monopolizada pelo Estado, ser prestada pela iniciativa privada a fim de garantir a qualidade da prestação e o cumprimento do respectivo contrato.

3.4 Conceito legal

O estudo do Direito sempre passa pela análise da lei; afinal, o Direito é uma ciência baseada em leis.

Lei, no seu conceito jurídico e originário, é definida por De Plácido e Silva⁹⁸ como “preceito escrito, formulado solenemente pela autoridade constituída, em função de um poder, que lhe é delegado pela soberania popular, que nela reside a suprema força do Estado”.

Não cabe, portanto, à lei definir institutos, mas traçar normas ou limites para que a conduta das pessoas não interfira na vida em sociedade.

⁹⁶ ANDRADE, Letícia Queiroz de. Regulação e poder de polícia: distinções conceituais juridicamente relevantes. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício (coord.). *Intervenções do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 62.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 62-63.

⁹⁸ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. São Paulo: Forense, 1963. p.924.

O objetivo da lei, tanto quando prescreve uma norma de ordem pública, quanto uma norma de ordem privada, é assegurar a própria ordem jurídica preestabelecida, mantendo as instituições públicas e o respeito recíproco, que deve existir entre os membros da sociedade, com o reconhecimento dos próprios direitos que lhes são atribuídos.

O conceito de poder de polícia não passou despercebido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição Federal autoriza a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a instituírem taxas em razão do exercício do poder de polícia (art. 145, II).

A conceituação legal do “poder de polícia” foi dada pelo ordenamento jurídico, no art. 78 do Código Tributário Nacional (Lei nº5172/66), que preceitua:

a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesses ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Além disso, o parágrafo único do referido dispositivo legal dispõe:

considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Para que a cobrança de taxa pelo Poder Público competente seja legítima, necessário que a entidade exerça efetivamente o poder de polícia. Nesse sentido, várias decisões judiciais invalidaram atos de cobrança de taxa quando o Poder Público não conseguiu demonstrar o efetivo exercício do poder de polícia.

A jurisprudência é unânime no sentido de que não basta a previsão legal; o fato gerador do tributo (taxa em razão do exercício do poder de polícia) só ocorre com a atividade do ente estatal; portanto, se não há o desempenho da atividade, que lhe serve de base, inexistente o fato gerador do tributo. Nesse sentido, inclusive, é a Súmula nº157 do STF (Supremo Tribunal Federal) que reza: “É ilegítima a cobrança de taxa, pelo Município, na renovação de licença para localização de estabelecimento comercial ou industrial”.

Cumpramos, todavia, esclarecer que o conceito legal serve para os fins específicos para os quais formulado, ou seja, para definir uma das hipóteses de incidência da taxa. Parece-nos, porém, estar aquém do conceito por nós adotado, em capítulo anterior.

3.5 O poder de polícia como atividade vinculada ou discricionária

Já dissemos que toda atividade administrativa é exercida, em um Estado de Direito, de forma infralegal. Desse modo, quando dizemos que a atividade é praticada no exercício de uma competência vinculada, não caberá ao administrador público outra alternativa senão a mera aplicação do mandamento legal, univocamente interpretado.

De outra forma, se a atuação administrativa for realizada no exercício de uma competência dita discricionária, caberá ao administrador público competente compor, com a sua vontade, a vontade da lei, isto é, caberá a ele interpretar a lei e buscar o caminho que, segundo o sistema, parecer o mais adequado à satisfação do interesse público.

É no campo da competência discricionária que surgem os maiores problemas no que tange ao exercício de poder de polícia. Não só porque a referida expressão pode sugerir a possibilidade de mais de um sentido, como já exposto, como também porque as demais expressões e oportunidades que envolvem a aplicação do instituto permitem interpretações diversas.

Nesse quadro, um ponto a ser enfatizado é que o exercício do poder de polícia, mesmo quando realizado no campo da discricionariedade, é produzido segundo a lei, ou seja, em um Estado de Direito, como o nosso, sempre toda atividade administrativa é infralegal.

Tal fato se dá em virtude do princípio da legalidade que, para os administrados, significa o direito de fazer tudo aquilo que a lei não proíbe e, para a Administração Pública, o de fazer somente o determinado em lei.

Assim, mesmo diante de competência discricionária no exercício do poder de polícia, deverá existir um comando normativo permitindo e determinando a atuação da Administração Pública. Nesse sentido, a discricionariedade estará balizada por um limite legal, no sentido de permitir ao agente público competente tão-somente decidir diante das possibilidades pré-fixadas pela lei, o que geralmente ocorre segundo o momento de atuação e a forma de atuação.

Por esse motivo, a função administrativa está sujeita, em qualquer situação, ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário. A Constituição Federal assegura que toda lesão ou ameaça de lesão a direito é passível de submissão ao Poder Judiciário, sem qualquer condição ou restrição.

Dessa forma, embora a discricionariedade seja ínsita à própria noção de Estado de Direito, pois depende da sujeição de uma autoridade aos limites fixados por outra, somente no Estado de Direito, em que a atividade administrativa se realiza por órgãos próprios e é regulada pela lei, é que se pode aludir à “Administração legal” e a aspectos discricionários no exercício da competência administrativa.⁹⁹

Passaremos, então, a analisar a discricionariedade para distingui-la da arbitrariedade, valendo-nos da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para deixar fixado que a discricionariedade é a margem de liberdade que resta ao administrador para, sempre de acordo com critérios de razoabilidade, adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, do modo de atribuição legal da competência e do exame das circunstâncias do caso, não se puder extrair objetivamente uma solução unívoca para o caso concreto.

César A. Guimarães Pereira bem esclarece que há distinção essencial entre os aspectos discricionários e vinculados da competência administrativa:

No exercício de competência vinculada, o critério para decisão do caso concreto é determinado de antemão pelo ordenamento jurídico. Nas palavras de Rivero, “a norma jurídica impõe aos agentes aquela decisão que para eles decorre da reunião das condições que define”. Na discricionariedade, entendida como a margem de liberdade já referida, há, por definição, uma ausência de critério pré-determinado no ordenamento. Apenas nesse sentido é que se pode afirmar a inexistência de limites ou restrições. Ou seja: somente dentro já da “margem de liberdade”, recortada pelos limites severos que compõem as suas fronteiras, é que a discricção não tem restrições. E mesmo assim seu exercício é submetido a formas de controle de razoabilidade – inclusive a partir do resultado atingido pela atuação discricionária.¹⁰⁰

Necessário, neste ponto, observarmos que lei confere à Administração a competência discricionária. Todavia, há muito se discute o mecanismo utilizado para a materialização da outorga.

Queiró, em sua primeira posição sobre o assunto, sistematizou a discricionariedade a partir da utilização, pela lei, de conceitos práticos (conceitos de valor, pertencentes ao mundo da sensibilidade), que admitem uma pluralidade de sentidos, contrapondo-se à utilização de conceitos teóricos (conceitos da natureza, sujeitos ao valor “verdade”, relativos às categorias de espaço, tempo ou quantidade, e nos quais pode haver univocidade) para designar competência vinculada. Dessa forma, admite que a utilização de conceitos jurídicos indeterminados é que confere competência discricionária à Administração.

⁹⁹ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em direito administrativo*. In: *Estudos de Direito Público*. Coimbra: Coimbra, 1989, v. 1, p. 92.

¹⁰⁰ PEREIRA, César A. Guimarães. Discricionariedade e apreciações técnicas da Administração. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 231, p. 217-267, jan./mar. 2003. p. 230.

Em sua obra posterior, Queiró passa a afirmar que o poder discricionário é “margem de liberdade, concedida deliberadamente pelo legislador à Administração, a fim de que esta escolha o comportamento mais adequado para a realização de um determinado fim público”.¹⁰¹

Assim, de acordo com a sua nova concepção, o poder discricionário não se confunde mais com a imprecisão dos conceitos jurídicos utilizados pela norma.

Celso Antônio Bandeira de Mello reconhece que a adoção, pela lei, de conceitos vagos ou imprecisos (indeterminados), pode dar margem à discricionariedade no plano da norma.

Nesse sentido, ensina que a esfera de liberdade administrativa pode resultar da hipótese da norma jurídica a ser implementada, do mandamento dela ou, até mesmo, da sua finalidade. Resultará da hipótese quando a norma conferir ao administrador a faculdade de escolher o suposto de fato para seu agir, isto é, a sua escolha será limitada quanto ao fim (interesse público geral que deve servir de norte à adoção de todo e qualquer ato administrativo) e quanto à finalidade da potestade (isto é, quanto ao bem jurídico objetivado pelo ato); ou quando os supostos de fatos enunciados na regra de Direito são descritos mediante conceitos indeterminados, cabendo ao administrador precisá-los, com seu juízo subjetivo, quando da aplicação da norma. Nesse caso, os conceitos jurídicos indeterminados devem ser interpretados de acordo com a lei, sendo certo que, somente depois de esgotado esse processo hermenêutico, o administrador passará, se ainda for possível, a exercer a sua discricção.

A discricção no mandamento da norma ocorrerá quando esta facultar ao administrador um comportamento, isto é, não o obrigar a agir; ou, ainda, quando não definir o comportamento que deve ser seguido. Nesses casos, os limites da discricionariedade serão os mesmos daqueles previstos para os casos de discricionariedade na hipótese da norma.

Renato Alessi também entende que a imprecisão normativa na atribuição de competência configura possibilidade de discricionariedade.

Sustenta que a imprecisão normativa não deriva apenas da textura aberta da norma legal, mas que a imprecisão decorrerá de condições de fato, que permitam mero complemento (acertamento), remanescendo, para a Administração, depois do complemento (acertamento), uma avaliação da oportunidade e conveniência do ato em relação ao interesse público.

Isto é, a lei poderá fazer indicação de condições de fato, suscetíveis de uma apreciação ou avaliação da medida na qual existem. A imprecisão, portanto, poderá decorrer de

¹⁰¹ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, n. 97, p. 1-8, jul./set. 1969. p.1.

condições que existem em grau maior ou menor, e, ainda, quando for feita por simples indicação da natureza particular do interesse público que a atividade deve satisfazer, ou por fim, quando realizada por simples remissão (ainda que apenas implícita), ao interesse público. Nestes casos, Alessi entende que o agente público, discricionariamente, poderá realizar a complementação da norma, para depois avaliar a oportunidade e a conveniência.

Como bem observado por César A. Guimarães Pereira,¹⁰² para Alessi:

há imprecisão quando da lei não puder extrair imediatamente a solução para o caso concreto. Das quatro hipóteses referidas, apenas a segunda envolve imprecisão em termos comparáveis aos referidos por Queiró (em sua posição inicial) e Celso Antônio Bandeira de Mello.

Observa, ainda, que “em todos os casos de atribuição de discricionariedade administrativa, há referência a algum conceito normativo indeterminado. No mínimo, como afirma Alessi, há alusão implícita a uma finalidade de interesse público genérico”.¹⁰³

Tais referências acerca da discricionariedade são de relevância para a análise do poder de polícia porque, da mesma forma que se conclui que a discricionariedade é derivada da lei e que a Administração jamais estará livre de alguma pauta material para decidir no caso concreto, o poder de polícia, como atividade exercida no desempenho de função administrativa, será exercido pela Administração de forma “a extrair do conjunto de princípios e regras do ordenamento jurídico uma definição (mais ou menos precisa, mas sempre existente) do interesse público a ser perseguido”.¹⁰⁴

Verificamos, portanto, que poder de polícia e discricionariedade não colidem com a noção de Estado de Direito, desde que empregados dentro de uma concepção sistemática, na qual a textura aberta do sistema seja regida por regras e princípios, interpretados pelo órgão competente, não afastada a possibilidade de controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

3.6 Atributos dos atos expedidos no exercício do poder de polícia

O poder de polícia exterioriza-se através da expedição de atos administrativos, os quais, constituindo espécie de ato jurídico, são dotados de atributos que os distinguem dos atos de direito privado, ou seja, possuem características que permitem afirmar sua submissão

¹⁰² PEREIRA, César A. Guimarães. Discricionariedade e apreciações técnicas da Administração. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 231, p. 217-267, jan./mar. 2003. p.233

¹⁰³ *Ibidem*, p. 233.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 233.

a um regime jurídico de direito público, ou melhor, ao regime jurídico de direito administrativo.

Régis Fernandes de Oliveira inicia a análise do ato administrativo citando Vedel, para mostrar a importância do regime jurídico administrativo, ou seja, das regras essenciais que dominam a atividade administrativa.¹⁰⁵

Com a clareza que lhe é peculiar, Celso Antônio Bandeira de Mello explica que a

Administração Pública, por desenvolver atividade voltada à realização de interesses da coletividade (que são os seus interesses primários – únicos colimáveis -, em oposição aos secundários), encontra-se sob uma disciplina peculiar que impõe certos ônus, restrições, sujeições à sua atuação e lhe confere, de outro lado, prerrogativas de que não desfrutam usualmente os particulares.¹⁰⁶

Cumprir notar, todavia, que essas prerrogativas não são meros favores, mas benefícios, juridicamente regulados, conferidos à Administração como órgão do poder.

“Não há, no Estado de Direito, privilégios atribuídos à ‘força governante’ (para usar a desataviada, mas realista expressão de Duguit) pelo mero fato de ser a força governante”.¹⁰⁷

Importante destacar que a doutrina não é uniforme ao indicar os atributos do ato administrativo. Segundo Maria Sylvania Zanella Di Pietro, alguns autores

falam apenas em executoriedade; outros acrescentam a presunção de legitimidade; outros desdobram em inúmeros atributos, compreendendo a imperatividade, a revogabilidade, a tipicidade, a estabilidade, a impugnabilidade, a executoriedade (que alguns desdobram em executoriedade e exigibilidade).¹⁰⁸

Entendemos que só cabe falar em atributo quando nos referimos a algo que é próprio ou peculiar a alguém ou a alguma coisa. Apenas as características, que surgem do regime jurídico administrativo, ou seja, do regime de supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público pela Administração, justificam a identificação dos seguintes atributos do ato administrativo: a) presunção de legitimidade; b) imperatividade; c) exigibilidade; d) executoriedade (ou autoexecutoriedade).

A presunção de legitimidade é a qualidade do ato administrativo de estar em conformidade com a lei e com o Direito, até prova em contrário. Trata-se de consectário da aplicação do princípio da legalidade (CF/88, art. 37, caput), uma vez que a Administração Pública somente pode agir de acordo com a determinação legal.

¹⁰⁵ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 47.

¹⁰⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed.. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 411.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 411.

¹⁰⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; *Direito Administrativo*. 22. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 197.

A referida presunção (*juris tantum*), para Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰⁹, só existe até os atos serem questionados em juízo. Todavia, esta não é a posição de Lúcia Valle Figueiredo, que considera necessária, também, a impugnação na via administrativa para desconstituir a presunção.¹¹⁰

A jurista prossegue no sentido de que, se não fosse assim, se o ônus da prova fosse sempre do administrado, diversas vezes a ele caberia o jugo de produzir o impossível. Exemplifica com a aplicação de sanções: a prova a ser feita pelo sancionado, qual seja a de que não incorreu nos pressupostos da sanção, é de grave, senão impossível, realização; por isso o encargo da comprovação dos fatos deve competir ao Poder Público.

Diógenes Gasparini posiciona-se, afirmando que a presunção é afastada quando o ato é contestado em juízo, administrativamente ou junto ao Tribunal de Contas. Nesse último caso, menciona o art. 113 da Lei Federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, o qual exige a comprovação da legalidade e regularidade das despesas realizadas.¹¹¹

Idêntico posicionamento assume Luis Manuel Fonseca Pires ao expressar

É mesmo na seara processual, a ciência própria ao estudo do ônus probatório, que se extrai a lição de que há apenas duas espécies de presunção sobre fatos: a legal, a exemplo do instituto da revelia, nos termos do art. 319 do Código de Processo Civil, e a decorrente das máximas de experiência, como produto da observação do que ordinariamente acontece (art. 335, primeira parte, do diploma processual).¹¹²

O atributo imperatividade tem o significado de que os atos administrativos são impostos a terceiros, independentemente de sua concordância. Isto é, o Poder Público ingressa na esfera jurídica dos particulares, impondo-lhes obrigações. Trata-se de consectário lógico do que já afirmamos acima, de que o ato administrativo é uma declaração unilateral.

Luis Manuel Fonseca Pires observa que

como os atos administrativos não podem inovar no ordenamento jurídico, mas devem ser editados para dar fiel execução, concretude às leis, parecem ser nestas últimas – as leis – que podemos apreender com clareza o sentido desse atributo; isto é, a imperatividade é característica comum nos atos emitidos pelo Estado, bem o faça como fonte primária do direito (lei), bem como comandos complementares (ato administrativo), portanto a compreensão deste caráter junto à norma jurídica não apenas se mostra como

¹⁰⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 413.

¹¹⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 191.

¹¹¹ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 75.

¹¹² PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 72.

racionalmente lógico quanto permite um entendimento heurístico do atributo em relação ao ato administrativo.¹¹³

Como destacado por Celso Antônio Bandeira de Mello e Lúcia Valle Figueiredo, Renato Alessi¹¹⁴ denomina-o de “poder extroverso” do Estado, ou seja, no exercício do poder soberano pelo Estado, personificado na autoridade administrativa, um poder amplo que se estende e realiza modificações unilaterais nas esferas jurídicas de outros sujeitos.

A exigibilidade, por sua vez, é o atributo que permite ao Estado, no exercício da função administrativa, induzir terceiros à obediência a seus atos através da previsão legal de sanções ou providências indiretas.

Não se confunde com a simples imperatividade, pois, através dela, apenas se constitui uma dada situação, se impõe uma obrigação. A exigibilidade é o atributo do ato pelo qual se impele à obediência, ao atendimento da obrigação já imposta, sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário para induzir o administrado a observá-la.¹¹⁵

Não se confunde com a executoriedade (ou autoexecutoriedade), que é a faculdade atribuída pelo ordenamento jurídico aos órgãos estatais, no exercício da função administrativa, para compelir materialmente o administrado ao cumprimento das obrigações que impôs e exigiu, sem necessidade de se socorrer das vias judiciais.

Esclarecedores exemplos são apontados por Régis Fernandes de Oliveira:

quando o Poder Público notifica o contribuinte para pagamento de um tributo, além de constituí-lo em obrigação tributária (imperatividade), constrange-o ao pagamento, através de multas e da própria inscrição do débito em dívida ativa (exigibilidade). Não há, aqui, a executoriedade (isto é, o poder da Administração Pública de executar, materialmente, a cobrança, já que deve ir ao Judiciário).¹¹⁶

Diz-se, por isso, haver executoriedade “quando o Poder Público no exercício de seu poder de polícia entende eliminar mercadoria deteriorada, realizando fiscalização em um bar”.¹¹⁷

Verificamos, portanto, que a exigibilidade, por si só, não garante a possibilidade de coação material (execução do ato). A executoriedade só será possível quando a lei previr expressamente ou quando a necessidade for condição indispensável à eficaz garantia do interesse público confiado pela lei à Administração. Como esclarece Celso Antônio Bandeira

¹¹³ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 81.

¹¹⁴ ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. 3. ed. Tradução Buenaventura Pellissé Prats. Barcelona: Bosch, 1960. p. 252.

¹¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.413.

¹¹⁶ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato administrativo*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.50.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 49.

de Mello, “entende-se que a autorização para a excoutoriedade está implícita no sistema legal, pois é em decorrência dele que a Administração deve garantir a proteção ao bem jurídico posto em risco”.¹¹⁸

A diferença, portanto, entre a exigibilidade e a excoutoriedade está no meio coercitivo. Enquanto com a exigibilidade a Administração só pode se utilizar de meios indiretos de coerção (por exemplo: imposição de multa), na excoutoriedade, a Administração emprega meios diretos de coerção, compelindo materialmente o administrado a fazer alguma coisa, utilizando-se, inclusive, quando necessário, da força.

Por fim, é importante deixarmos claro que, não obstante a excoutoriedade, os atos administrativos podem ser objeto de controle pelo Poder Judiciário. Isto é, o administrado poderá valer-se do Poder Judiciário, seja preventivamente (por exemplo: mandado de segurança preventivo, *habeas corpus* preventivo), como repressivamente, para evitar lesão ou ameaça a direito, inclusive para requerer a incidência das regras de responsabilidade civil objetiva do Estado.

¹¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 416.

4 CONTRIBUIÇÕES DO DIREITO ESTRANGEIRO PARA O EXAME DA AUTOEXECUTORIEDADE

Não se trata de estudo de Direito Comparado e longe está da proposta do presente trabalho exaurir o tema no Direito Administrativo estrangeiro.

Todavia, por ser matéria ainda pouco explorada no Direito brasileiro, convém que examinemos o que ocorre em alguns outros países, sobretudo naqueles que têm inspirado doutrinadores e legisladores pátrios, para colhermos elementos e subsídios que permitam uma análise mais aprofundada no Direito brasileiro.

Entretanto, a despeito da relevância do Direito Comparado, imprescindível uma pesquisa cautelosa, sobretudo ao considerarmos a disparidade dos sistemas jurídicos gerais, bem como os respectivos regimes constitucionais de cada país estudado, como bem adverte Celso Antonio Bandeira de Mello.¹¹⁹

Para isso, confrontaremos os diversos institutos e fenômenos jurídicos que se desenvolvem em diversas coletividades, tentando buscar subsídios para o direito pátrio.

É importante ressaltar que o Direito Administrativo surgiu e se consolidou amparado no sistema europeu-continental, em decorrência da contribuição do direito francês, bem como do direito italiano e alemão.¹²⁰

O sistema continental-europeu, também conhecido como sistema romano-germânico, se inspirou no direito romano, ao estruturar seus institutos a partir do direito privado. Isso significa que o direito privado serve de parâmetro analítico obrigatório para a construção da dogmática jurídica, razão pela qual os diversos institutos jurídicos do Direito Administrativo utilizam-se frequentemente de procedimentos do direito civil.

Tal critério, entretanto, muitas vezes é insuficiente, pois o sistema anglo-saxão, que analisaremos posteriormente, igualmente assume como referencial o direito privado.

A questão é saber se tal relação se apresenta de forma semelhante ou se, ao contrário, é marcada por uma falta de equiparação. Em outras palavras, é a forma pela qual se estrutura o Estado de Direito a diretriz para inserir determinado direito no sistema europeu-continental ou no anglo-saxão.

¹¹⁹ “É preciso cuidado, pois, para não incidir no equívoco – freqüente entre nós – de falar de Direito alienígena, abeberado em doutrinadores europeus, imaginando que as lições neles ensinadas à vista dos respectivos sistemas constitucionais têm aplicação possível no nosso Direito, e – mencionando-os ou não – transplantar conceitos exógenos que não se afinam com a Lei Magna do País” (*Curso de direito administrativo*, 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 104).

¹²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.1-11.

Hauriou, ao investigar a distinção entre tais sistemas, afirma que o critério fundamental para tanto está na forma de submissão ao Estado de Direito, assinalando que, no âmbito do sistema da *common law*, há equivalência entre Poder Público e particulares, enquanto que no sistema europeu-continental, há um regime diferenciado aplicável à Administração Pública – o regime administrativo.¹²¹

Para José Cretella Júnior, enquanto o sistema francês adota o sistema vertical das prerrogativas e dos privilégios, com predomínio de derrogação e da exorbitância do direito comum, o sistema da *common law* adota o sistema horizontal, nivelando, em regra, a Administração ao particular, nas relações Estado-administrado.¹²²

Georges Vedel, acerca da *puissance publique* da 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 executar suas próprias decisões”.¹²³

Não podemos deixar de notar a semelhança no uso dessa terminologia no Direito Administrativo brasileiro. São frequentes as alusões às prerrogativas dos atos administrativos,¹²⁴ às cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos,¹²⁵ ao regime diferenciado dos bens públicos, entre outras.

São essas características que, segundo Rivero, concedem autonomia ao Direito Administrativo, constituído por um corpo de regras e princípios próprios, originais. Em relação ao direito comum, ele é derogatório. Ele não se contenta em considerar problemas não propostos em direito privado, mas ele os resolve, fazendo apelo a noções que o direito privado ignora (utilidade pública, potestade pública). Mais ainda, quando surgem problemas que também se apresentam no direito privado (contrato, responsabilidade), ele lhes dá soluções diversas das que lhes dá o direito civil, sendo este último traço que lhe imprime autonomia.¹²⁶

¹²¹ HAURIU, Maurice. *Précis élémentaire de droit administratif*. 4.ed. Paris: Sirey, 1938. p. 1.

¹²² CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo comparado*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.30.

¹²³ VEDEL, Georges. *Droit administratif*. 4.ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1968. p.19. “Il s'agit de là que l'Administration détient des prérogatives exorbitantes du droit commun: par exemple, le droit de exproprier, de faire des règlements de police, d'employer, sous certaines conditions, la force pour l'exécution de ses propres décisions”.

¹²⁴ Hely Lopes Meirelles esclarece: “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*. Atualizadores: Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burl Filho. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.161).

¹²⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona: “cláusulas exorbitantes 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*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.267).

¹²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.40

Destacamos, entretanto, como faz Georges Vedel, que as derrogações de direito comum assumem um duplo aspecto, vale dizer, tanto em relação às prerrogativas que ensejam, quanto no tocante às sujeições decorrentes.¹²⁷ Advém daí uma perfeita identificação com o regime jurídico-administrativo, fundado no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e no da indisponibilidade do interesse público pela Administração.

4.1.1 Direito francês

O direito francês, a partir do século XIX, contribuiu para a autonomia do direito administrativo, bem como influenciou esse ramo do direito em outros países, como Alemanha, Espanha, Portugal, Itália e países latino-americanos.

O surgimento do direito administrativo, como ramo autônomo, se deu com a adoção da Administração Pública como um sujeito de direitos. Em razão das suas peculiaridades, entendeu-se que devia ser construído um regime constituído de normas próprias, derogatórias do direito privado, que regia as relações entre particulares.

George Vedel lecionava que “nesse ramo do Direito, o repúdio ao Código Civil e ao direito privado e à imensidão de lacunas legislativas levaram o juiz a fazer verdadeiramente o direito”.¹²⁸ Assim, cabia ao juiz administrativo não só interpretar o direito positivo, mas também preencher, com suas decisões, as lacunas da lei. Nesse sentido, afirmava que o direito administrativo francês era, em grande parte, não legislativo, porque formulado pelo juiz.

Ao adotar a dualidade de jurisdição, ou seja, um Poder Judiciário comum, cujo tribunal supremo é a Corte de Cassação, e os tribunais administrativos, cuja corte suprema é o Conselho de Estado, o direito francês passou a adotar a dualidade de jurisdição e, com essa originalidade, se tornou um direito especial.

Direito especial porque, assim, a França passou a contar com um verdadeiro direito administrativo, no sentido de ramo de direito autônomo, especial, independente do direito civil; adotando a *dualidade de jurisdição*, a França apresentou o contencioso administrativo (jurisdição administrativa), independente dos tribunais judiciários, jurisdição essa que comporta um corpo completo de juízes e tribunais, culminando com uma Corte Suprema em matéria administrativa, que é o Conselho de Estado.

¹²⁷ VEDEL, Georges. *Droit Administratif*. 4.ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1968. p.19.

¹²⁸ Ibidem, p. 53.

Na França, o apego ao princípio da separação de poderes e a desconfiança em relação aos juízes do antigo regime serviram de base para a criação dessa jurisdição administrativa (o contencioso administrativo), ao lado da jurisdição comum, dando início ao sistema da dualidade de jurisdição.

Os constituintes franceses pós Revolução Francesa de 1789 deram um maior alcance à teoria da separação de poderes, por entenderem que a solução dos litígios, nos quais a Administração Pública é parte, não poderia ser atribuída ao Poder Judiciário, para não criar uma subordinação de um Poder ao outro.

Essa a fundamentação da instituição, na França, do contencioso administrativo, amparado no texto do artigo 13 da Lei de 16 - 24 de agosto de 1790, em cujos termos “as funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas. Não poderão os juízes, sob pena de prevaricação, perturbar de qualquer modo as operações dos corpos administrativos, nem citar diante de si os administradores por motivo das funções que estes exercem”.

Costuma-se citar, como termo inicial do surgimento do direito administrativo, a Lei 28 do pluvioso, ano VIII (1800), que organizou juridicamente a Administração Pública na França.

Não podemos esquecer, também, a notável contribuição do Conselho de Estado na elaboração e estruturação do direito administrativo, por obra da jurisprudência daquela Corte, que criou, inclusive, novos institutos e reformulou o sistema do direito público, criando o denominado *regime jurídico de direito público*, derogatório e exorbitante do direito comum.

Ainda, como leciona José Cretella Junior, “cabe também à elaboração jurisprudencial francesa o estabelecimento do *regime jurídico da responsabilidade administrativa*, que principiou em meados do século XIX, tomando posição fundamental com o célebre e rumoroso “Caso Blanco”, pela primeira vez fixando o regime jurídico da responsabilidade pública, exorbitante e derogatória do direito comum ou do direito civil, compendiado no Código Napoleão”.¹²⁹ Com essa decisão, firma-se a autonomia do direito administrativo, ou seja, a sua posição como ciência dotada de objeto, método, institutos, princípios e regime jurídico próprios.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “o direito administrativo francês organizou-se como disciplina autônoma normativa tendo como sujeito a Administração Pública e se elaborou com base em determinados conceitos, como o de serviço público, de autoridade, de

¹²⁹ CRETELLA JUNIOR, José. *Direito administrativo comparado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 133.

poder público, de especialidade de jurisdição, nenhum deles tirado do direito privado. Segundo Georges Vedel, quatro princípios essenciais informam o direito administrativo francês: (1) o da separação das autoridades administrativa e judiciária, que determina as matérias para as quais os tribunais judiciais são incompetentes; (2) o das decisões executórias, que reconhece à Administração a prerrogativa de emitir unilateralmente atos jurídicos que criam obrigações para o particular, independentemente de sua concordância; (3) o da legalidade, que obriga a Administração a respeitar a lei; e (4) o da responsabilidade do poder público, em virtude do qual as pessoas públicas devem reparar os danos causados aos particulares”.¹³⁰

Todos esses princípios, de algum modo, se relacionam com a autoexecutoriedade dos atos administrativos.

Baseado no princípio da separação dos poderes, procedeu-se à separação das autoridades administrativa e judiciária e, com isso, criou-se a regra de proibição de os tribunais judiciais conhecerem dos litígios administrativos.

A dualidade de jurisdições na França tem sua origem formal num marco histórico – a revolução francesa –, resultando na Lei de 16 a 24 de agosto de 1790,¹³¹ que cria a regra de interdição, aos tribunais judiciais, da apreciação dos atos da administração pública. Essa lei surge de uma reação dos revolucionários contra a oposição sistemática a qualquer tentativa de reforma dos parlamentos do *Ancien Regime*, que exerciam a função judiciária.

Cumprir notar que, nesse Antigo Regime, a sociedade estava dividida em três Estados; o primeiro, representando o clero; o segundo representando a nobreza; e, por fim, o terceiro, que abarcava o restante da população. Nesse contexto, o poder político estava concentrado nas mãos absolutas do monarca que controlava não apenas o clero, mas todos os poderes: executivo, legislativo e judiciário.

O Parlamento, órgão idealizado para representar toda a sociedade, no antigo regime era presidido pelo rei e composto por representantes das outras três classes (clero, nobreza e povo), que votavam por bloco, ou seja, um para cada classe (apenas no interior de cada classe é que havia voto individual). Com esse mecanismo, o monarca controlava as decisões mais importantes, principalmente aquelas que tinham repercussão sobre os particulares, então considerados como súditos ou vassallos. Graças à influência das novas filosofias políticas e sobretudo com a ascensão da classe burguesa, havia uma intenção evidente de limitar o poder do monarca, diminuindo sua esfera de atuação.

¹³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia, Direito Administrativo. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.7.

¹³¹ Ibidem, p. 4.

Acontece, porém, que os revolucionários, que se tornaram os titulares do poder, não estavam satisfeitos com a experiência anterior do Parlamento; por isso, decidiram alterar o sistema de controle, de forma a impedir que a Administração fosse controlada pelo Poder Judiciário, e criaram o novo sistema, com dualidade de jurisdição.

Até então, tradicionalmente, o controle da administração pública na França limitava-se ao controle da administração por ela própria, comportando a figura do administrador-juiz. Apesar do marco jurídico da lei de 16 a 24 de agosto de 1790, até 24 de maio de 1872, quando o Conselho de Estado passou a exercer verdadeiramente a função jurisdicional, todo litígio envolvendo a administração era confiado, em última instância, ao rei. Somente em razão da referida lei, tal contencioso passou a ser delegado pelo povo ao Conselho de Estado, órgão superior da ordem jurídica administrativa. O sistema do administrador-juiz, entretanto, só foi abolido em 1889, quando a competência de direito comum em primeira instância foi transferida ao Conselho de Estado, reconhecido, formalmente, **como juiz administrativo de direito comum**.

Surge, assim, o sistema do contencioso administrativo francês, com mecanismos próprios para julgar e decidir, de forma autônoma e sem qualquer intervenção do Judiciário, suas pretensões.

O segundo princípio elencado por Vedel refere-se ao “regime particular dos atos administrativos, de que decorre o poder de tomar decisões executórias e as prerrogativas dos contratos administrativos”. Tal princípio fundamenta a autoexecutoriedade, como o uso da expressão francesa – *décision exécutoire* – já torna evidente a possibilidade. O mesmo autor destaca que

entre as prerrogativas de poder público de que dispõe a Administração, a mais característica é sem dúvida aquela de poder tomar decisões executórias, é dizer, de fazer nascer unilateralmente obrigações e eventualmente direitos em proveito ou a cargo de terceiros sem o consentimento destes.¹³²

Quanto ao terceiro princípio, a França pós-revolucionária adotou uma concepção estrita de legalidade, que via na lei um dogma a ser respeitado em função da segurança jurídica e da estabilidade das instituições.¹³³

Comenta Caio Tácito que “para que o princípio da legalidade, que ganhava força neste momento histórico, pudesse alcançar um grau suficiente de efetividade, foi necessário sujeitar

¹³² VEDEL, Georges. *Droit administratif*. 4.ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1968. p.155.

¹³³ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p.41.

a atividade administrativa às normas legais com a possibilidade de anulação de seus atos e, ainda, de reparação dos danos causados a terceiros por meio de um controle externo”.¹³⁴

O sistema do contencioso na França correspondeu à ideia de ação externa à Administração Pública, em um sistema de dualidade de jurisdição, tendo por finalidade a obediência da lei e, como consequência, o respeito aos direitos e às liberdades públicas. Assim, diante dessa situação, o controle dos atos estatais do Poder Público, entre eles a lei e, em especial, os atos administrativos, foi criação do Conselho de Estado francês.

Todas essas construções pretorianas do contencioso administrativo francês foram em grande parte responsáveis pela formação de institutos e princípios, que erigiram o Direito Administrativo em disciplina autônoma e diferenciada do direito comum. Com isso, elas contribuíram para criar duas dimensões básicas que tiveram repercussões diretas na eficácia do princípio da legalidade: a garantia do controle dos atos administrativos e o regime de responsabilização da Administração Pública e de seus agentes.¹³⁵

O direito francês desdobra o atributo da autoexecutoriedade em duas características: a exigibilidade e a executoriedade.

A primeira é denominada *privilège du préalable* e significa a possibilidade de a Administração Pública exigir a obediência, ou seja, o cumprimento da obrigação pelo particular, sem necessitar se socorrer do Judiciário para fazer valer a sua decisão. Podemos dizer, portanto, que é o atributo que confere à Administração a possibilidade de decidir sobre determinados assuntos, sem depender da concordância ou vontade dos administrados.

Nesses casos, a Administração não precisa se socorrer do Judiciário para exigir o cumprimento da obrigação imposta; caberá ao administrado, caso se sinta prejudicado, recorrer ao Poder Judiciário para a defesa dos seus direitos.

Já a executoriedade, denominada por Maurice Hauriou de *privilège d'action d'office*, refere-se à possibilidade de a Administração executar suas decisões utilizando, se necessário, a força pública, ou seja, a coação (*action d'office*), para exigir o cumprimento, pelo administrado.

Com isso, o mesmo autor, ao destacar que a Administração Pública exerce função pública e, por isso, possui a prerrogativa da *puissance publique* (potestade pública), diferencia o “*privilège d'action d'office*” do “*privilège du préalable*” e da “*execution forcée*”.

¹³⁴ TÁCITO, Caio. Contencioso Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 133, p.59-60, jul./set. 1978. p.59.

¹³⁵ NOHARA, Irene Patrícia. *Limites à razoabilidade nos atos administrativos*. São Paulo. Atlas, 2006. p.46.

Posição contrária é a de Georde Vedel, para quem a “*execution forcée*” não é um atributo de todo ato administrativo, mas característica eventualmente existente em algumas situações.

Vedel¹³⁶ sustenta que a “*prérogative d’action d’office*” é uma determinação da Administração, que, de forma unilateral, impõe direitos e obrigações aos administrados. Assim, diferencia “*execution forcée*” e “*décision exécutoire*”, uma vez que a última apresenta uma modificação unilateral do sistema jurídico sem representar, necessariamente, uma execução forçada e, a “*execution forcée*”, por sua vez, apresenta-se, unicamente, como uma forma de cumprimento da medida, sem que tenha qualquer repercussão na órbita jurídica. Cita como exemplo, a nomeação de um funcionário público, para comprovar que se trata de uma decisão executória, pois ela atribui direitos e obrigações e não implica qualquer execução forçada.

Posição semelhante adota André de Laubadère¹³⁷ ao distinguir o “*privilège du préalable*” do “*privilège de l’exécution d’office*”, entendendo que aquele é a faculdade, de que dispõe a Administração, de praticar decisões executórias, sem a necessidade de se socorrer do Judiciário e o último se refere à possibilidade de a Administração utilizar a força pública para coagir o administrado ao cumprimento da obrigação unilateralmente imposta.

No mesmo sentido, Jean Rivero¹³⁸ entende que o “*privilège du préalable*” é a possibilidade de a Administração criar uma obrigação, de forma unilateral e sem qualquer tutela judicial e, a “*execution d’office*” (ou “*privilège d’action d’office*”) é a possibilidade de a administração executar seu próprio comando, constringendo o administrado a praticar a conduta determinada.

Diferentemente, Waline, segundo Juan Carlos Cassagne¹³⁹, entende que as expressões “*privilège du préalable*” e “*privilège de l’exécution d’office*” são sinônimas.

Vasco Pereira da Silva¹⁴⁰ distingue outros sentidos de execução dos atos administrativos e por isto repudia a expressão “*décision exécutoire*”, utilizada por Hauriou. Destaca a existência de distintas fases de declaração da situação jurídica e de execução do comando que encerra; com isso, a primeira sempre se faz necessária, sob pena de inexistência

¹³⁶ VEDEL, Georges. *Droit administratif*. 4.ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1968. p.157.

¹³⁷ LAUBADÈRE, André de. *Traité de droit administratif*. 15. ed. Paris: L.G.D.J.1999. t. 1, p. 769.

¹³⁸ RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. Tradução José Cretella Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995. p. 119.

¹³⁹ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 6.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1998. p. 238.

¹⁴⁰ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003. p.503.

da decisão, enquanto que a segunda pode não se verificar em muitos casos, como naqueles em que o particular cumprir a decisão.

Diante desse quadro heterogêneo de posições, há ainda alguns autores que preferem utilizar a expressão “*décision*”, sem qualquer adjetivação, como, por exemplo, René Chapus,¹⁴¹ ou, ainda, a expressão “*décision unilatérale*”, a exemplo de Benoit.¹⁴²

Comparando as lições vistas, observamos uma substancial alteração no entendimento. Enquanto Hauriou¹⁴³ considera, com relação à execução forçada, que há uma relação de imanência com a noção de ato administrativo, Vedel nega tal vinculação, considerando atributo inerente ao ato tão-somente a unilateralidade, excluindo dessa categoria a sua execução forçada, meramente contingente.

Atualmente, alguns juristas franceses diminuem o sentido da expressão *décision exécutoire*. O conceito sofreu alteração e a decisão executória deixou de equivaler ao ato administrativo para localizar-se no momento de concepção deste.

Devemos lembrar, ainda, a existência de outro entendimento doutrinário, que propugna pelo abandono da expressão, seja por conta de sua imprecisão, seja por propiciar a ocorrência de equívocos.

A atuação coativa da Administração deixa de constituir característica do ato administrativo, passando a integrar as declarações impositivas de obrigações aos particulares. Passa a prevalecer a noção de competência administrativa, privilegiada, portanto, a sujeição do ato administrativo aos limites do ordenamento jurídico e da proteção dos direitos fundamentais.

A alteração do conceito de *décision exécutoire* ocorreu não só na França, mas também em Portugal, Itália, Alemanha e Espanha.

¹⁴¹ CHAPUS, René. *Droit administratif general*. 13. ed. Paris: Montchrestien, 1999. p. 479.

¹⁴² BÉNOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968. p. 507.

¹⁴³ Tal entendimento também pode ser verificado 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*. Athènes : Collection de L’Institut Français D’Athènes. 1954 Apud Vasco Pereira da SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 498). Entretanto, não se trata de entendimento predominante no âmbito dos autores franceses clássicos. Como assinala Vasco Pereira da Silva, Lefferière entendia como “*décision exécutoire*” aquela que “produz unilateralmente efeitos”, desvinculada, portanto, da noção de execução forçada (*Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003. p.498, nota 1).

4.1.2 Direito alemão

De forma diversa do que aconteceu na França, onde o Direito Administrativo surgiu como consequência dos ideais da Revolução Francesa, na Alemanha não houve essa ruptura, pois esse ramo do direito resultou de um processo de longa evolução, que se deu de forma diferente nos diversos estados. Conforme Fritz Fleiner, a transformação “não se desenrolou segundo um ritmo uniforme nos diferentes Estados alemães, e em nenhuma parte o velho direito foi em um dado momento totalmente eliminado para ser substituído por um direito novo; constata-se, em cada período, a subsistência de reminiscências jurídicas de concepções passadas. Mas em cada um desses períodos, a situação do poder público em relação aos sujeitos e em relação ao direito é determinada por uma concepção nova, que se afasta das tendências anteriores”.¹⁴⁴

Na Alemanha, em que a sistematização do direito administrativo se desenvolveu a partir da teoria do fisco, o estudo da auto-executoriedade aparece jungido ao exercício do poder de polícia.

Segundo Di Pietro¹⁴⁵, a teoria do fisco foi elaborada para combater o poder absoluto do príncipe. De acordo com esta teoria, o patrimônio público não pertencia nem ao príncipe, nem ao Estado, mas, ao fisco, tendo, este, personalidade jurídica de direito privado, diversa da personalidade do Estado, associação política, pessoa jurídica de direito público, com poderes de mando, de império; o primeiro submetia-se ao direito privado e, em consequência aos tribunais; o segundo regia-se por normas editadas pelo príncipe, fora da apreciação dos tribunais.

Com isso, muitas das relações jurídicas em que a Administração era parte passaram a ser regidas pelo direito civil e a submeter-se a tribunais independentes, sem qualquer vinculação com o príncipe.

Já no Estado Moderno, manteve-se a ideia de soberania do Estado advinda do regime de polícia (*jus politiae*) e, embora não mais existindo o dualismo entre Estado e Fisco, uma parte da atividade estatal continuou submissa ao direito civil.

Surgiu, assim, o direito público, em especial, o direito administrativo, para reger as relações entre o Estado e os administrados, sendo certo que o direito civil passou a ser utilizado apenas subsidiariamente.

¹⁴⁴ FLEINER, Fritz. *Les principes généraux du droit administratif allemand*. Paris: Delagrave, 1933. p.25 apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 8.

¹⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 8.

Como podemos notar, na Alemanha, o direito público teve uma convivência simultânea com o direito privado, sendo certo que, no Direito Administrativo germânico, predominou-se a elaboração sistemática e científica, mais abstrata, a cargo dos doutrinadores, com uma metodologia construtiva, que se preocupava em formular dogmas específicos do direito público, mas sempre elaborados a partir do modelo extraído do direito privado.

Observamos que tal configuração jurídica se mantém até hoje, pois, em determinados âmbitos da Administração Pública, ainda se aplica o direito privado de forma exclusiva ou alternativamente.¹⁴⁶ Foi graças aos ensinamentos do insigne jurista Otto Mayer que o Direito Administrativo alemão conseguiu, pouco a pouco, se desvincular do Direito Civil.¹⁴⁷

O estudo da execução administrativa na Alemanha se deu em função do exercício do poder de polícia. Para Otto Mayer,¹⁴⁸ a expressão “coação”, como gênero, é usada para designar os meios de força visando a assegurar a execução do dever que encerra o exercício da polícia, diferenciando suas espécies em: “*execução por coação*”, quando o procedimento regulado visa a atender o cumprimento de uma ordem policial que não foi cumprida. Verifica-se, assim, que a ordem policial, nesse caso, é um título executivo que permite a utilização dos meios coercitivos, ou seja, da coação por substituição da medida até a aplicação de força sobre a pessoa ou sobre os bens dos administrados. Diferentemente, na espécie “coação direta”, a força é utilizada de forma a recair sobre o próprio fato contrário à polícia. Nesse caso, a coação direta tem uma finalidade própria de servir de recurso ao poder público para, sem quaisquer intermediários, fazer frente a uma ação contrária, perturbadora da ordem pública.

Mas Mayer sustenta que toda função administrativa deve ser marcada pela legalidade. Até para a utilização da coação direta, ou seja, aquela empregada por meio da força, é preciso que haja autorização explícita, ou implícita, da norma legal. Desta forma, o exercício da “coação direta” é decorrência da própria ordem policial expedida ao particular. Entende haver correlação entre o ato administrativo e a sentença judicial, pois ambos emitem uma norma para um caso específico. Porém, na “coação direta” há perfeita similitude com o próprio ato expedido, isto é, a execução forçada é uma consequência fática da declaração expedida, pois somente dessa forma será possível verificar não ser necessária a específica previsão legal para o exercício da coação. A seu turno, a “execução por coação”, isto é, aquela que se opera por

¹⁴⁶ MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Tradução Kuís Afonso Heck. 14. ed. Barueri: Manole, 2006. p. 42.

¹⁴⁷ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.11.

¹⁴⁸ MAYER, Otto. *Derecho administrativo aleman*. Tradução Horacio Heredia; Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1951. p. 113.

meio de imposição de uma sanção, exige expressa previsão legal, porque tal coação configura uma penalidade que não faz parte do ato expedido.

Esse também é o entendimento de Fritz Fleiner que afirma:

toda ordem de autoridade está provida por natureza de poder coativo, para a execução forçada de seus decretos, a autoridade somente necessita de autorização especial da lei quando, para a obtenção forçada de uma prestação devida, pretender dar disposições que, comparadas com a ordem originária, resultem de maior alcance e de caráter distinto.¹⁴⁹

Ao contrário dessas posições, aparece Ernest Forsthoff que se utiliza da expressão “coação imediata” para referir-se às situações em que a atuação administrativa imediata é necessária e não necessita de um comando prévio de conhecimento do administrado. Diferentemente, usa “coação administrativa” para referir-se ao meio de tornar eficaz o ato administrativo que impõe obrigações ao administrado. Todavia, defende não existir uma norma jurídica geral que autorize o recurso à execução forçada pela Administração. Portanto, o exercício da “coação administrativa” necessita de um prévio comando administrativo.

Entretanto, a maior contribuição advinda do direito alemão é a que trata do princípio da proporcionalidade, pois a Alemanha é apontada como o país onde tal princípio surgiu e criou raízes mais profundas, tanto na doutrina como na jurisprudência.

O princípio da proporcionalidade, como instituto básico e pressuposto na Constituição, desenvolveu-se no contexto da proteção aos direitos fundamentais. Surgiu exigindo que a intervenção estatal nesta esfera se desse de forma adequada, apenas por necessidade e na justa medida, objetivando a máxima proteção aos direitos fundamentais.

A Alemanha consagrou-se pelo desenvolvimento da técnica de ponderação de bens,¹⁵⁰ que visa a combater os efeitos catastróficos de cláusulas gerais permissivas da ação estatal restritiva dos direitos fundamentais. Essa técnica está relacionada com o Estado de Direito, predominando no país a idéia de que a lei, como instrumento de regulação da vida em sociedade, deve propiciar a existência do indivíduo, considerando o maior espaço possível para o desenvolvimento de sua personalidade e garantindo amplas possibilidades de suprir suas necessidades.

¹⁴⁹ FLEINER, Fritz. *Instituciones de derecho administrativo*. Tradução Sabino A. Gendin. Barcelona: Labor, 1993. p. 174. (“Puesto que toda orden de la autoridad está provista por naturaleza de poder coactivo, para la ejecución forzosa de sus decretos la autoridad solo necessita autorización especial de la ley cuando para la obtención forzosa de una prestación debida, pretenda de las disposiciones que comparadas con el mandato, originario resulten de más amplio alcance o de carácter distinto”).

¹⁵⁰ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direito fundamentais*. 3.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p.172.

A Constituição de Weimar (1919) consagrou-se no cenário mundial ao incorporar precocemente os direitos sociais a partir de um modelo de Estado intervencionista, que se mostrou necessário em face dos resultados maléficos da adoção da política econômica de cunho liberal.

Entretanto, nem a positivação dos direitos sociais na Carta Constitucional foi suficiente para impedir os avanços da experiência nacional-socialista, que tanto violou a dignidade humana. O holocausto e a arbitrariedade estatal no período da Alemanha nazista fizeram com que a humanidade despertasse para a necessidade de exigir a proteção de uma pauta mínima de bens e valores que vinculassem a todos, e em especial ao Estado. A maior delas foi a afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana pela Lei Fundamental de Bonn (1949), a partir da qual se consolidou o entendimento de que a relação entre o Estado e particulares deve sofrer rígidos condicionamentos por meio da vinculação à Constituição e à lei.

O direito alemão contribuiu ainda para o desenvolvimento do tema dos conceitos jurídicos indeterminados e do princípio da razoabilidade.

4.1.3 Direito italiano

Também na Itália, o Direito Administrativo não foi resultado de rompimento brusco com o regime anterior, mas sofreu influência do direito francês, em virtude de a França, na época de Napoleão, ter dominado a região piemontesa. O método exegético utilizado no direito francês foi também seguido na origem do direito administrativo italiano. Paralelamente, nesse período, notamos a adoção de sistemas e princípios do direito privado, o que denota pertinência ao sistema europeu-continental.

Já em fase posterior, o direito italiano foi se afastando gradativamente dos métodos utilizados no direito privado, assumindo um caráter científico, com sistematização própria, haurido da Escola Alemã.

Para Alessi, a autoexecutoriedade do ato administrativo e a autotutela da Administração são expressões do poder de império e delas decorrem outras prerrogativas da Administração, como a de atuar por si própria, sem a necessidade de recorrer ao Judiciário; a imposição coativa da vontade administrativa; o impedimento à apresentação de medidas,

jurídicas ou materiais que se oponham, 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.¹⁵¹

Tradicionalmente, a doutrina italiana se utiliza da expressão “*esecutorietà*” para fazer menção à execução coativa do ato pela própria Administração, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

Guido Zanobini explica “*esecutorietà*”, no sentido de

uma especial manifestação da eficácia dos mesmos [atos administrativos], pela qual estes, quando impõem deveres e restrições aos particulares, podem ser realizados mesmo contra sua vontade pelos órgãos diretos da Administração, sem que seja necessária a prévia intervenção da ação declaratória dos órgãos jurisdicionais.¹⁵²

e “*esecutività*”, própria de qualquer ato administrativo, enquanto tomada como condição do ato que pode ser praticado.¹⁵³

Todavia, a referida expressão vem sendo alvo de muitas críticas da doutrina italiana e, por isso, já encontramos Massimo Severo Giannini, que, abraçando os ensinamentos de Benvenuti, propugna pela substituição da expressão “*esecutorietà*”, cuja tradição a relaciona com a ideia de ato administrativo (“*provvedimento*”), pelo termo “autotutela”, uma vez que este representa “um poder por si mesmo, que é atribuído à Administração para realizar o interesse público assim como determinado em concreto pelo ato administrativo”.¹⁵⁴

Vasco Pereira da Silva¹⁵⁵ aponta que a orientação prevalecente, nos dias de hoje, no direito italiano é a do poder de autotutela.

¹⁵¹ ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Tradução da 3.ed. italiana por Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1960. p. 207-208.

¹⁵² ZANOBINI, Guido. *Curso de derecho administrativo*. Buenos Aires: Arayú, 1954, v. I. p. 373 (“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”).

¹⁵³ *Ibidem*, p. 373 (“propria de cualquier acto administrativo em cuanto significa la condición del acto que pode ser efectuado”).

¹⁵⁴ GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. 3. ed. Milano: AG, 1993. v. 2. p. 830. (“una potestà a sé stante, che è attribuita all’amministrazione per realizzare l’interesse publico così come reso concreto nel provvedimento.”).

¹⁵⁵ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003. p.512.

Na Itália, por não existir uma disciplina normativa geral da execução dos atos pela própria Administração, há discussão a respeito do exercício da autotutela. De um lado, entende-se que tal exercício decorre do caráter soberano da função administrativa e, por isto, independe de autorização legislativa (posição adotada por Borsi, Raneletti), de outro, afirma-se que o exercício da autotutela, por consistir em uma restrição à liberdade pessoal dos particulares, só é possível nos casos de expressa previsão legal - posição defendida por Cammeo, Benvenuti e Aldo Sandulli, que, citado por Agustín Gordillo, assevera:

A executoriedade (poder de autotutela que habilita a execução forçada em própria sede) não é um atributo de todos os atos administrativos. Em um ordenamento baseado sobre o princípio da legalidade, o privilégio da coercibilidade, independentemente de um pronunciamento da autoridade judicial, com relação ao dever imposto aos administrados, não pode ser reconhecido à Administração fora dos casos em que a lei (expressa ou implicitamente) o concede.¹⁵⁶

Odete Medauar, em seu estudo sobre o direito administrativo, chegou à conclusão de que, do conjunto do pensamento e elaboração francesa, alemã e italiana, formou-se o núcleo essencial do direito administrativo. Esse núcleo seria composto pelos temas e concepções a seguir: autoridade do Estado; personalidade jurídica do Estado; capacidade de direito público (competência); propriedade pública; ato administrativo unilateral e executório; direitos subjetivos públicos; interesse legítimo; poder discricionário; jurisdição administrativa; interesse público; *puissance publique*; serviço público; poder de polícia; pessoas jurídicas públicas; fontes do direito administrativo – lei e regulamentos; centralização – hierarquia; contratos administrativos.¹⁵⁷

O direito italiano contribuiu com o conceito de mérito, o de autarquia e entidade paraestatal (dois vocábulos criados no direito italiano), a noção de interesse público e o próprio método de elaboração e estudo do direito administrativo, mais técnico-científico do que o método pragmático do direito francês.¹⁵⁸

¹⁵⁶ SANDULLI, Aldo. *Manuale di diritto amministrativo*. 9. ed. Napole: Eugenio Jovene, 1966. Apud Agustín Gordillo. *Tratado de derecho administrativo*. 6.ed. Buenos Aires: Del Rey, 2003. p. V-31. (“la ejecutoriedad (poder de autotutela que habilita la ejecución forzada em propia sede) no es um atributo de todos los actos administrativos. Em um ordenamiento basado sobre el principio de legalidad (es destacado es nuestro), el privilegio de la coercitibilidad, independientemente de um pronunciamiento de la autoridad judicial, com relación al deber impuesto a los administrados, no puede ser reconocido a la administración fuera de los casos em que la ley (expressa o implicitamente) lo concede”).

¹⁵⁷ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 38.

¹⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O Direito administrativo brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da common law. *REDAE. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. n. 8 nov/dez 2006, p.7. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 26 out. 2009.

4.1.4 Direito espanhol

Odete Medauar aponta que, com poucas diferenças em relação aos países da França, Alemanha e Itália, o direito administrativo na Espanha se consolidou muito rapidamente na primeira metade do século XIX, principalmente na década de quarenta, graças à ação de administrativistas experientes e pela jurisprudência do Conselho Real, que então lá se estabelecia. Menciona ainda a base científica de origem francesa e duas ideias matrizes: o reconhecimento da personalidade jurídica do Estado e a existência dos direitos públicos subjetivos.¹⁵⁹

Segundo Garcia de Enterría e Ramón Fernandez, houve tentativa de organizar o sistema espanhol à maneira do inglês, sem o privilégio da decisão executória e com jurisdição ordinária. Duas leis de 1845 se inclinaram, no entanto, pelo exemplo francês, ao criarem o Conselho Real, com justiça retida e Conselhos provinciais, com jurisdição delegada.¹⁶⁰

Cumpram ressaltar, ainda, que para esses autores o princípio da separação dos poderes possui uma justificativa histórica, mas que as atividades de administrar e julgar decorrem de uma mesma substância soberana e, assim, não há justificativa para que a atividade de administrar seja submissa à atividade de julgar.

Destacam, por isso, que embora as expressões “*privilège du préalable*” e “*privilège d’action d’office*” tenham sobrevivido, praticamente intactas, à revolução, a justificativa histórica não merece guarida no atual Estado de Direito, uma vez que a Administração é uma atividade desenvolvida sob a batuta do princípio da legalidade e, por isso, preferem a utilização do “sistema de autotutela”, sob a justificativa da necessidade de tornar eficaz o ato expedido e propiciar uma eficaz gestão dos serviços públicos:

A Administração está capacitada, como sujeito de direito, para tutelar por si mesma suas próprias situações jurídicas, inclusive suas pretensões inovadoras do *status quo*, eximindo-se deste modo da necessidade, comum aos demais sujeitos, de obter uma tutela judicial.¹⁶¹

Os autores distinguem, ainda, a “autotutela declarativa” e a “autotutela executiva”. Pela primeira, quer fazer-se referência à possibilidade de a Administração tomar decisões vinculantes e independentes de qualquer intervenção judicial (“*privilège du préalable*”),

¹⁵⁹ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p.38.

¹⁶⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 12.ed. Madrid: Thomson Civitas, v.II, 2004, p. 486.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 515 (“la Administración está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del status quo, eximiéndose de este modo de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial.”).

enquanto que a “autotutela executiva” é o desdobramento daquela no plano fático, ou seja, é a execução forçada (coação direta). Desse modo, lecionam que a “autotutela” não representa uma condição objetiva do ato administrativo, mas uma qualidade subjetiva atribuída à Administração (sujeito).

Essa questão da terminologia é importante, pois outra parte da doutrina espanhola utiliza as mesmas expressões (“privilège du prealable”, “privilège d’action d’office” e “execucion forcée”), mas em outras significações.

Garrido Falla chama a atenção, ainda, para o fato de outra parte da doutrina diferenciar executoriedade de executividade. Pela primeira, se quer dizer da possibilidade de a Administração executar o ato por si mesma, inclusive empregando meios coercitivos; já a segunda, quer dizer o atributo do ato administrativo de produzir efeitos, inclusive, permanecendo neles.¹⁶²

O mesmo autor afirma que:

É possível que a maior parte das imprecisões que se observam na distinção de ambos os conceitos (executividade e executoriedade) comece exatamente na analogia fonética entre as denominações que se atribuem a cada uma. Poderia ser, portanto, conveniente abandonar totalmente o emprego do termo executoriedade, que, de outro lado, não tem guarida no vocabulário da língua espanhola. Se em seu lugar se falar de execução forçada ou ação de ofício, haverá ganho não só do ponto de vista gramatical, mas inclusive do ponto de vista técnico, desde que no exame desloquemos a questão pretendida, do caráter objetivo dos atos administrativos, para o lugar adequado - o estudo de uma prerrogativa especial – ponto de vista subjetivo – da Administração Pública, de passar por si mesma, sem intervenção prévia dos Tribunais, à execução forçada de seus atos, inclusive empregando a coação.¹⁶³

Em outro sentido, aparece, ainda, Entrena Cuesta, que entende não ser necessária a etapa de cognição, pois, por meio da executividade, o ato administrativo é presumido como legítimo e é título para a execução. A execução forçada possibilita que a Administração

¹⁶² GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de derecho administrativo*. 11.ed. Madrid: Tecnos, 1989. p. 462, nota 19.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 466. (“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 em el diccionario de la lengua española. Si em su lugar se habla de ejecución forzosa o acción de oficio, se habrá ganado no solo desde el punto de vista gramatical, sino incluso desde el punto de vista técnico, puesto que del examen de um pretendido carácter ojetivo de los actos administrativos habremos desplazado la cuestión a su lugar adecuado: el estudio de una especial prerrogativa – punto de vista subjetivo – de Administración pública, la de pasar por si misma, sin intervención previa de los Tribunales, a la ejecución forzosa de sus actos, ncluso empleando la coacción”.)

realize materialmente o conteúdo do ato, em caso de não cumprimento pelo obrigado, assim, se dispensa o processo de execução.¹⁶⁴

Cumpre-nos destacar, todavia, que a Espanha possui uma disciplina específica acerca da fase executória. A lei de regime jurídico das administrações públicas e do procedimento administrativo comum (LPA), Lei nº. 30, de 26 de novembro de 1992 (modificada pela Lei nº4, de 13 de janeiro de 1999), mantendo disciplina que já constava da lei de procedimento administrativo, de 1958, no artigo 95, dispõe:

As Administraciones públicas, através de seus órgãos competentes em cada caso, poderão proceder, com prévio aviso, à execução forçada dos atos administrativos, salvo nos casos em que se suspenda a execução de acordo com a lei, ou quando a Constitución ou a lei exigirem a intervenção dos Tribunais.¹⁶⁵

Não obstante, a própria lei dos procedimentos administrativos comuns¹⁶⁶ limita a execução pela Administração, na medida em que exige prévia notificação da execução (art.

¹⁶⁴ ENTRENA CUESTA, Rafael. *Curso de derecho administrativo*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1976. p.529.

¹⁶⁵ Art. 95: “Las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes em cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo em los supuestos em que se suspenda la ejecución de acuerdo con la Ley, o cuando la Constitución o la Ley exijan la intervención de los Tribunales”.

¹⁶⁶ Lei 30/1992, de 26 de novembro, Regime Jurídico das Administraciones Públicas e do Procedimento Administrativo Comum da Espanha; Disponível em: http://www.boe.es/boe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1992/26318 - Acesso em: 13 maio 2009. “Capítulo V - Ejecución - Artículo 93. Título. 1. Las Administraciones Públicas no iniciarán ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico. 2. El órgano que ordene un acto de ejecución material de resoluciones estará obligado a notificar al particular interesado la resolución que autorice la actuación administrativa. Artículo 94. Ejecutoriedad. Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo lo previsto en los artículos 111 y 138, y en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior. Artículo 95. Ejecución forzosa. Las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes em cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo em los supuestos em que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley, o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los Tribunales. Artículo 96. Medios de ejecución forzosa. 1. La ejecución forzosa por las Administraciones Públicas se efectuará, respetando siempre el principio de proporcionalidad, por los siguientes medios: a) Apremio sobre el patrimonio. b) Ejecución subsidiaria. c) Multa coercitiva. d) Compulsión sobre las personas. 2. Si fueran varios los medios de ejecución admisibles se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual. 3. Si fuese necesario entrar em el domicilio del afectado, las Administraciones Públicas deberán obtener el consentimiento del mismo o, em su defecto, la oportuna autorización judicial. Artículo 97. Apremio sobre el patrimonio. 1. Si em virtud de acto administrativo hubiera de satisfacerse cantidad líquida se seguirá el procedimiento previsto em las normas reguladoras del procedimiento recaudatorio em vía ejecutiva. 2. Em cualquier caso no podrá imponerse a los administrados una obligación pecuniaria que no estuviese establecida con arreglo a una norma de rango legal. Artículo 98. Ejecución subsidiaria. 1. Habrá lugar a la ejecución subsidiaria cuando se trate de actos que por no ser personalísimos puedan ser realizados por sujeto distinto del obligado. 2. Em este caso, las Administraciones Públicas realizarán el acto, por sí o a través de las personas que determinen, a costa del obligado. 3. El importe de los gastos, daños y perjuicios se exigirá conforme a lo dispuesto em el artículo anterior. 4. Dicho importe podrá liquidarse de forma provisional y realizarse antes de la ejecución, a reserva de la liquidación definitiva. Artículo 99. Multa coercitiva. 1. Cuando así lo autoricen las leyes, y em la forma y cuantía que éstas determinen, las Administraciones Públicas pueden, para la ejecución de determinados actos, imponer multas coercitivas, reiteradas por lapsos de tiempo que sean suficientes para cumplir lo ordenado, em los siguientes

95), prévia edição de um ato de resolução que sirva de fundamento jurídico para a execução (art. 93) e que a execução forçada obedecerá sempre ao princípio da proporcionalidade.

4.1.5 Direito português

Em Portugal, a doutrina também não é homogênea. Marcello Caetano¹⁶⁷ sustentava que a Administração tem um poder paralelo ao Judiciário, para tomar decisões obrigatórias para os particulares e, pode, caso seus mandamentos não sejam observados, impô-los coercitivamente, consistindo isso em um “privilégio de execução prévia”.

Diogo Freitas do Amaral,¹⁶⁸ por sua vez, fundamenta aquela atuação nos princípios da “autotutela declarativa e executiva” para se referir à possibilidade de a Administração executar seus próprios comandos. Nesse sentido, entende por “princípio da autotutela declarativa” a possibilidade de a Administração poder criar, modificar ou extinguir situações jurídicas referentes a terceiros, com força obrigatória e independentemente de qualquer decisão judicial e, por “princípio da autotutela executiva”, o privilégio da execução prévia, que permite a execução coativa das decisões administrativas.

Ocorre que Portugal editou a Lei nº32, de 20 de junho de 1991, que instituiu o Código de Procedimento Administrativo (CPA), e assim deixou expresso, no art. 149, que os atos administrativos são executórios logo que eficazes e que o cumprimento das obrigações e o respeito pelas limitações, que decorrem de um ato administrativo, podem ser impostos coercitivamente pela Administração, sem recurso prévio aos tribunais, desde que a imposição seja feita pelas formas e nos termos admitidos por lei.¹⁶⁹

supuestos: a) Actos personalísimos en que no proceda la compulsión directa sobre la persona del obligado. b) Actos en que, procediendo la compulsión, la Administración no la estimara conveniente. c) Actos cuya ejecución pueda el obligado encargar a otra persona. 2. La multa coercitiva es independiente de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatible con ellas. Artículo 100. Compulsión sobre las personas. 1. Los actos administrativos que impongan una obligación personalísima de no hacer o soportar podrán ser ejecutados por compulsión directa sobre las personas en los casos en que la Ley expresamente lo autorice, y dentro siempre del respeto debido a su dignidad y a los derechos reconocidos en la Constitución. 2. Si, tratándose de obligaciones personalísimas de hacer, no se realizase la prestación, el obligado deberá resarcir los daños y perjuicios, a cuya liquidación y cobro se procederá en vía administrativa. Artículo 101. Prohibición de interdictos. No se admitirán a trámite interdictos contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido.”

¹⁶⁷ CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 447.

¹⁶⁸ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 478.

¹⁶⁹ Lei nº32/91 (Código de procedimento administrativo de Portugal)- Disponível em: <http://www.rathenau.com/vwvfg.pdf>. Acesso em: 13 maio 2009.

Secção V - Da execução do acto administrativo

Artigo 149º Executoriedade

1 - Os actos administrativos são executórios logo que eficazes.

2 - O cumprimento das obrigações e o respeito pelas limitações que derivam de um acto administrativo podem ser impostos coercivamente pela Administração sem recurso prévio aos tribunais, desde que a imposição seja feita pelas formas e nos termos admitidos por lei.

3 - O cumprimento das obrigações pecuniárias resultantes de actos administrativos pode ser exigido pela Administração nos termos do artigo 155º.

Artigo 150º Actos não executórios

1 - Não são executórios:

- a) Os actos cuja eficácia esteja suspensa;
- b) Os actos de que tenha sido interposto recurso com efeito suspensivo;
- c) Os actos sujeitos a aprovação;
- d) Os actos confirmativos de actos executórios.

2 - A eficácia dos actos administrativos pode ser suspensa pelos órgãos competentes para a sua revogação e pelos órgãos tutelares a quem a lei conceda esse poder, bem como pelos tribunais administrativos nos termos da legislação do contencioso administrativo.

Artigo 151º Legalidade da execução

1 - Salvo em estado de necessidade, os órgãos da Administração Pública 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.

2 - Na execução dos actos administrativos devem, na medida do possível, ser utilizados os meios que, garantindo a realização integral dos seus objectivos, envolvam menor prejuízo para os direitos e interesses dos particulares.

3 - Os interessados podem impugnar administrativa e contenciosamente os actos ou operações de execução que excedam os limites do acto exequendo.

4 - São também susceptíveis de impugnação contenciosa os actos de operações de execução arguidos de ilegalidade, desde que esta não seja consequência da ilegalidade do acto exequendo.

Artigo 152º Notificação da execução

1 - A decisão de proceder à execução administrativa é sempre notificada ao seu destinatário antes de se iniciar a execução.

2 - O órgão administrativo pode fazer a notificação da execução conjuntamente com a notificação do acto definitivo e executório.

Artigo 153º Proibido de embargos

Não são admitidos embargos, administrativos ou judiciais, em relação à execução coerciva dos actos administrativos, sem prejuízo do disposto na lei em matéria de suspensão da eficácia dos actos.

Artigo 154º Fins da execução

A execução pode ter por fim o pagamento de quantia certa, a entrega de coisa certa ou a prestação de um facto.

Artigo 155º Execução para pagamento de quantia certa

1 - Quando, por força de um acto administrativo devam ser pagas a uma pessoa colectiva pública, ou por ordem desta, prestações pecuniárias, o órgão administrativo competente seguirá, sendo caso disso, o processo de execução regulado no Código de Processo das Contribuições e Impostos.

2 - Seguir-se-á o processo indicado no número anterior quando, na execução de actos fungíveis, estes forem realizados por pessoa diversa do obrigado.

3 - No caso previsto no N.º 2, a Administração optará por realizar directamente os actos de execução ou por encarregar terceiro de os praticar, ficando todas as despesas, incluindo indemnizações e sanções pecuniárias, por conta do obrigado.

Artigo 156º Execução para entrega de coisa certa

Se o obrigado não fizer a entrega da coisa que a Administração deveria receber, o órgão competente procederá às diligências que forem necessárias para tomar posse administrativa da coisa devida.

Artigo 157º Execução para prestação de facto

1 - No caso de execução para prestação de facto fungível, a Administração notifica o obrigado para que proceda à prática do acto devido, fixando um prazo razoável para o seu cumprimento.

2 - Se o obrigado não cumprir dentro do prazo fixado, a Administração optará por realizar a execução directamente ou por intermédio de terceiro, ficando neste caso todas as despesas, incluindo indemnizações e sanções pecuniárias, por conta do obrigado.

3 - As obrigações positivas de prestação de facto infungível só podem ser objecto de coacção directa sobre os indivíduos obrigados nos casos expressamente previstos na lei, e sempre com observância dos direitos fundamentais consagrados na Constituição e do respeito devido à pessoa humana.

De acordo com o Código de Procedimento Administrativo, os princípios da legalidade (art. 3º), da proteção dos direitos e interesses dos cidadãos (art. 4º), do acesso à Justiça (art. 12º), dentre outros, operam como limites à atuação da Administração. No que tange à executoriedade, podemos citar como limites específicos: a observância do ato administrativo prévio (art. 151º, 1), isto é, a Administração só poderá realizar a operação material executiva se houver realizado previamente um ato administrativo declaratório; o respeito ao princípio da proporcionalidade (art. 151º, 2), que impõe a utilização de meios adequados e compatíveis com a finalidade da medida; a observância do princípio da subsidiariedade (art. 157º, 1 e 2), pelo qual se exige o não-cumprimento do ato declaratório pelo particular; o respeito ao princípio da humanidade (art. 157º, 3), configurado na proibição de violação dos direitos fundamentais.

4.1.6 Direito argentino

O direito administrativo argentino possui uma norma geral consagradora do princípio da executoriedade do ato administrativo. Trata-se da Lei Nacional de Processo Administrativo (nº. 19.549, de 1972), que no artigo 12 estabelece:

O ato administrativo goza de presunção de legitimidade; sua força executória faculta à Administração colocá-lo em prática por seus próprios meios – a menos que a lei ou a natureza do ato exijam a intervenção judicial – e impede que os recursos interpostos pelos administrados suspendam sua execução e efeitos, a menos que uma norma expressa estabeleça o contrário. Sem embargo, a Administração poderá, de ofício ou a pedido da parte e mediante resolução fundamentada, suspender a execução por razões de interesse público, ou para evitar prejuízos graves ao interessado, ou quando se alegar fundamentadamente uma nulidade absoluta.¹⁷⁰

Apesar da disciplina legal, parte da doutrina rejeita a expressão “ejecutoriedad” por esta não constar do dicionário da Real Academia Espanhola,¹⁷¹ preferindo por isso a expressão “ejecutividad”, no sentido de característica do ato administrativo, como título

¹⁷⁰ Lei nº19.549/72 - *Presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria* - Artículo 12. El acto administrativo goza de presunción de legitimidad; su fuerza ejecutoria faculta a la administración a ponerlo en práctica por sus propios -a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial- e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario. 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. Disponível em: <http://www.sice.oas.org/antidumping/legislation/arg/19549_s.asp>. Acesso em: 13 maio 2009.

¹⁷¹ DIEZ, Manuel Maria. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Omeba, 1971. t. II. p. 279.

suscetível de ser executado, conceito que se aproxima da noção do “*privilège du préalable*” do direito francês.

Agustín Gordillo sustenta que a executoriedade é uma medida de exceção e para que a Administração possa, por si própria, executar seus atos, deve haver uma autorização expressa no ordenamento jurídico e isso se deve, segundo ele, à divisão dos poderes.¹⁷²

Desta forma, o autor discorda do permissivo legal, por julgá-lo de caráter geral. Assim, defende posição, no sentido de que a executoriedade, em um Estado de Direito, é uma exceção e, somente em casos excepcionais, pode ser prevista no ordenamento jurídico.¹⁷³

Contrariamente, há quem diga, como Roberto Dromi, que a “*ejecutoriedad*” foi inspirada na “*esecutorietá*” do direito italiano, tendo o significado de que a Administração, ao editar atos administrativos, os põe em prática por meios próprios e os torna efetivos.¹⁷⁴

Todavia, é preciso destacar que Dromi segue corrente doutrinária no sentido de que a executoriedade do ato depende de precisa autorização legal.¹⁷⁵

Juan Carlos Cassagne e Rafael Bielsa, ao contrário, entendem que a executoriedade não se confunde com a executividade. Para o primeiro, a executoriedade é a faculdade de a Administração atuar, por seus próprios agentes, sem intervenção judicial, para o cumprimento do ato administrativo.¹⁷⁶ Verificamos, assim, que Cassagne entende a executoriedade como uma qualidade dissociada do ato.

Bielsa,¹⁷⁷ a seu turno, inspira-se na lição de Hauriou, ensinando que a executoriedade deriva da própria natureza da atividade administrativa, ou seja, configura um atributo inseparável para a realização da finalidade administrativa.

Há ainda a posição de Juan Francisco Linares¹⁷⁸, que entende ser a executoriedade uma questão de competência, na medida em que a Constituição e a lei devem definir os atos cuja executoriedade é própria e quais os atos em que a executoriedade é indireta, ou seja, depende dos juízes.

¹⁷² GORDILLO, Augustin. *Tratado de derecho administrativo*. Parte General. Colômbia: Biblioteca Jurídica Diké, 2001. p. 30.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 28.

¹⁷⁴ DROMI, Roberto. *Acto administrativo: ejecución, suspensión y recursos*. Buenos Aires: Macchi, 1973. p. 22. (“La ejecutoriedad de lacto administrativo significa que la misma Administración por médios próprios lo pone em práctica y lo hace efetivo”).

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 39 (“La ejecutoriedad necesita de una norma para realizarse, pues no está insita em la actividad administrativa.”).

¹⁷⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. *La ejecutoriedad de lacto administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971. p.52 “[...] facultad de disponer sin intervención judicial el cumplimiento de lacto administrativo”).

¹⁷⁷ BIELSA, Rafael. *Compendio de derecho administrativo*. 2.ed. Buenos Aires: Depalma, 1957. p. 37.

¹⁷⁸ LINARES, Juan Francisco. *Fundamentos de derecho administrativo*. Buenos Aires: Astrea, 1975. p. 327.

Como vimos, todos os posicionamentos analisados foram construídos, independentemente da posição defendida pelos autores, dentro do sistema europeu-continental, também conhecido como sistema romano-germânico, no qual as relações jurídicas, envolvendo o Estado (Administração Pública), são disciplinadas por um regime jurídico distinto, o regime administrativo.¹⁷⁹

4.1.7 O sistema anglo-saxão

O sistema anglo-saxão, ou sistema do *common law*, diferencia-se do sistema até então estudado, de base romanística, por se tratar de um direito não escrito de um país, construído a partir dos costumes, dos usos e das decisões das Cortes de Justiça. Teve origem na Inglaterra, expandindo-se para os demais países de língua inglesa, tais como Irlanda do Norte, Estados Unidos e Austrália, sendo, por isso também denominado sistema anglo-americano¹⁸⁰.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁸¹, no que diz respeito ao direito administrativo no sistema anglo-americano, o seu surgimento, além de posterior ao sistema continental, não teve em sua formação as razões históricas que justificaram a interpretação que na França se deu ao princípio de separação de poderes e que serviram de base para a criação do contencioso administrativo.

Na Inglaterra e nos Estados Unidos, o Poder Judiciário exerce sobre a Administração Pública o mesmo controle que exerce sobre os particulares, graças ao apego aos princípios da *rule of law*, na Inglaterra, *judicial supremacy* e *due process of law*, nos Estados Unidos.

Enquanto repugnava aos franceses pós-revolução, a ideia de submeter a Administração ao Poder Judiciário, na Inglaterra e nos Estados Unidos os revolucionários dos séculos XVII e XVIII, respectivamente, temiam os excessos do Poder Executivo, razão pela qual registrou-se a tendência oposta de atribuir, ao Judiciário e ao Legislativo, maiores poderes de controle.

No sistema anglo-saxão, a equivalência do Poder Público e dos particulares impede a existência de um regime jurídico próprio, aplicando-se o direito comum, ou seja, o direito igual para todos.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta, ainda, que uma das diferenças básicas entre os sistemas de base romanística e os da *common law* está “em que o primeiro tem como fonte

¹⁷⁹ HARIOU, Maurice. *Précis élémentaire de droit administratif*. 4. ed. Paris: Sirey, 1938. p. 1.

¹⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 11.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 11.

principal o direito legislado (*statute law*) e, o segundo, o precedente judiciário, ou seja, o direito comum (*common law*) criado por decisões judiciárias”.¹⁸²

Esclarece que o precedente judiciário e a equidade formam a base do sistema da *common law*, todavia

Os direitos filiados a esse sistema têm também como fonte o direito legislado, que é direito escrito, ao contrário das demais fontes citadas, que compõem o direito não escrito. Em caso de conflito entre este último e a lei, esta é que prevalece. Desse modo, à medida que aumenta o direito legislado, diminui o campo de aplicação do direito não escrito. Mas as decisões proferidas com base na lei passam também a constituir precedentes judiciários que vinculam os juizes nas decisões futuras; o mesmo ocorre, nos Estados Unidos, com relação à interpretação judicial da Constituição escrita.¹⁸³

Uma das principais características do sistema anglo-saxão é a submissão de todos ao mesmo direito – ao direito comum (*common law*) -, incluindo-se a Administração Pública, que se rege pelas mesmas normas aplicáveis aos particulares, não havendo, portanto, um regime tipicamente administrativo, com características específicas do Poder Público.

Para Dicey, importante teórico do direito inglês, o princípio do *rule of law* (império da lei) significa que a “supremacia do direito comum impede o reconhecimento de privilégios, prerrogativas e poderes discricionários às autoridades administrativas e governamentais”.¹⁸⁴

José Cretella Júnior aponta que as diferenças essenciais entre o direito inglês e o francês residem num só ponto: a horizontalidade na relação Administração-particular, existente no primeiro; e a verticalidade típica do segundo e que fundamenta as prerrogativas e privilégios presentes no regime especial do direito administrativo.¹⁸⁵

Diante disso, em que pese o avanço do direito administrativo no sistema anglo-saxão, a executoriedade dos atos administrativos nesse sistema é tratada de forma excepcional; assim, somente diante de uma situação de urgência que justifique a ação de ofício da Administração, ou em casos de ação de polícia para prevenir delitos, é que se justificam os “*summary powers*” ou “*direct enforcement powers*”.¹⁸⁶

Mercedes Lafuentes Benaches, em lição sobre a executoriedade no direito anglo-saxão, ensina que a regra é

¹⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22.ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 23.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 33.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p.13.

¹⁸⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo comparado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1990. p.26-27.

¹⁸⁶ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 12.ed. Madrid: Thomson Civitas, 2004. v. I. p. 508.

quando a Administração pública dita um ato administrativo e seu destinatário não o cumpre, esta solicita ao juiz que imponha ao obrigado o cumprimento da obrigação. É, pois, a decisão do juiz que impõe a execução do conteúdo do ato administrativo descumprido.¹⁸⁷

Segundo a mesma autora,

Somente excepcionalmente a Administração Pública pode impor o conteúdo de suas decisões aos particulares e fazê-las executar sem necessidade de socorrer-se da jurisdição ordinária. As exceções à regra geral são: decisões que por seu caráter urgente necessitam ser executadas de imediato, e medidas adotadas por razões de polícia.¹⁸⁸

Ocorre que, com a transformação do Estado Liberal, baseado na liberdade de iniciativa, em Estado do Bem-Estar Social (ou Estado Providência), principalmente depois da grande depressão econômica de 1929, o Estado passou a assumir diversas tarefas e, por isso, se fez necessário incrementar a sua atuação incisiva, antes restrita ao exercício da polícia.

Rafael Entrena Cuesta¹⁸⁹ assevera que “hoje existe na Inglaterra uma série de normas que atribuem à Administração prerrogativas do mesmo tipo que esta possui nos países da Europa continental”

No mesmo sentido, Garrido Falla observa que nos Estados Unidos “a executoriedade dos atos administrativos não constitui regra geral, mas as exceções são muito numerosas”.¹⁹⁰

Diante dessa crescente possibilidade de execução coativa no direito saxão, percebemos uma aproximação entre esse sistema e o sistema europeu-continental. Jean Rivero afirma, inclusive, que “a tendência é no sentido de aproximação dos direitos anglo-saxônico e europeu-continental”.¹⁹¹

¹⁸⁷ LAFUENTES BENACHES, Mercedes. *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la administración pública: fundamento constitucional e régimen jurídico*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1992. p. 24. (“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 de lacto administrativo incumplido”).

¹⁸⁸ Ibidem, p. 25 (“Solo 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. Lãs excepciones a la regla general son: decisiones que por su carácter urgente necesitan ser ejecutadas de inmediato, y medidas adoptadas por razones de policía”).

¹⁸⁹ ENTRENA CUESTA, Rafael. *Curso de derecho administrativo*. 5. ed. Madrid: Tecnos. 1976. p. 51. (“[...]hoy existe em Inglaterra una serie de normas que atribuyen a la Administración prerrogativas del mismo tipo de lãs que ésta posee em los países de la Europa continental.”).

¹⁹⁰ GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de derecho administrativo*. 11. ed. Madrid: Tecnos. 1989. v. 1. p. 107. (“La executoriedad des acto administrativo no constituye regla general, pero lãs excepciones son muy numerosas.”).

¹⁹¹ RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. Tradução José Cretella Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995. p. 167.

4.1.8 Convergências entre os sistemas continental-europeu e anglo-saxão

Ressaltam, dessas breves considerações, os principais pontos de aproximação detectados no direito estrangeiro trazido à colação, os quais, considerados o sistema continental-europeu e o sistema anglo-saxão, podem ser assim resumidos:

a) surgimento, no sistema do direito anglo-saxão, não obstante o traço distintivo da paridade entre particulares e Administração, que afasta a prerrogativa da executoriedade, de algumas prerrogativas administrativas, assemelhadas às do sistema continental-europeu. Essa evolução resultou da atribuição de novas tarefas ao Estado, a serem cumpridas pelo Estado do Bem-Estar (Welfare State), para assegurar e atingir a igualdade social. Paralelamente, além da publicização de diversos serviços, cresceu a intervenção do Estado no domínio econômico.

A propósito, Maria Sylvia Zanella Di Pietro observa:

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 de 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 esse aspecto, da polícia tradicional, que só impunha obrigação de não fazer.¹⁹²

Portanto, esse mesmo sistema criou um direito administrativo com características muito semelhantes às do direito francês, ao reconhecer prerrogativas públicas para a Administração e ao criar agências reguladoras, com “funções quase legislativas e quase judiciais, e que têm o poder de baixar normas com força de lei, obrigatórias para os cidadãos e que têm o poder de resolver conflitos na própria esfera administrativa”,¹⁹³

¹⁹² DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002.p. 22.

¹⁹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O Direito administrativo brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da common law. *REDAE. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. n. 8 nov/dez 2006, p.7. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 26 out. 2009. p.3.

b) revisão dos atos da Administração, seja pela justiça comum, o poder judiciário (sistema anglo-saxão), seja por órgãos do próprio Executivo e da jurisdição comum (sistema europeu-continental), marcados por autonomia decisória.

Com efeito, no sistema de unidade de 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”.¹⁹⁴ Já no regime de dualidade de jurisdição, “firmou-se o sistema do administrador-juiz, vedando à Justiça Comum conhecer dos atos da Administração, os quais se sujeitam unicamente à jurisdição do contencioso administrativo, que gravita em torno da autoridade suprema do Conselho de Estado”.¹⁹⁵

No direito brasileiro, coexistem os atributos próprios dos sistemas continental-europeu e anglo-saxão mencionados: de um lado, a teoria dos atos administrativos dotados da prerrogativa de excoutoriedade; de outro, o princípio da unidade de jurisdição, posto que o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal assegura a inafastabilidade do controle judicial.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, analisando o direito administrativo brasileiro no primeiro período da República, afirma:

Pode-se afirmar que o direito administrativo brasileiro sofreu, nessa fase, influência do direito norte-americano, no que diz respeito ao sistema de unidade de jurisdição, à jurisprudência como fonte do direito, à submissão da Administração Pública ao controle jurisdicional. Mas, no que diz respeito às teorias e aos princípios, ficou evidente que a influência predominante foi a do direito francês criado pela jurisdição administrativa que, aos poucos, pela decisão de casos concretos, foi derogando o direito privado antes aplicado à Administração e criando um regime jurídico próprio que acabou por dar autonomia ao direito administrativo. Nisto afastou-se do sistema da *common law*, que repudiava a existência de um regime jurídico especial para a Administração Pública, como também repudiava a existência de tribunais administrativos para decidir os litígios em que ela fosse parte interessada.

Do direito francês, o direito administrativo brasileiro acolheu a idéia de ato administrativo, com o atributo da auto-excoutoriedade, as sucessivas teorias sobre responsabilidade civil do estado, o conceito de serviço público, as prerrogativas da Administração Pública, a teoria dos contratos administrativos, o princípio da legalidade.¹⁹⁶

¹⁹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atualizadores: Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.56.

¹⁹⁵ *Ibidem*. p.54

¹⁹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O Direito administrativo brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da *common law*. *REDAE. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. n. 8 nov/dez 2006, p.7. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 26 out. 2009. p. 5.

5 DIREITO BRASILEIRO

A executoriedade, ou autoexecutoriedade, é o atributo do ato administrativo que lhe confere meios diretos de coação, o que vale dizer que pode a Administração Pública aplicá-los com seus próprios meios, sem precisar de prévia autorização judicial, em diferentes hipóteses, ressalvado, sempre, o acesso ao Poder Judiciário ao particular que se reputar lesado.

Excepcionalmente, encontramos tal atributo em algumas hipóteses do direito civil, possibilitando a uma pessoa agir contra outra ou sobre os seus bens para a rápida e necessária proteção de sua liberdade ou propriedade, como, por exemplo, nos seguintes casos: a) art. 188, incisos I e II do Código Civil – legítima defesa e estado de necessidade; b) art. 1210, §1º, do Código Civil – desforço imediato para a proteção da posse; c) art. 1283 do Código Civil – possibilidade de o proprietário do terreno invadido por raízes e ramos de árvores cortá-las quando ultrapassado o marco divisório.

Hely Lopes Meirelles chama a atenção para o fato de alguns autores empregarem o vocábulo executoriedade em lugar de autoexecutoriedade. Não considera correto esse uso, pois é o prefixo “auto” o indicador da condição de o ato ser executável pela própria Administração.¹⁹⁷

5.1 Hipóteses legais de autoexecutoriedade

Nos casos em que a autoexecutoriedade está explícita em lei, houve valoração, pelo legislador, que considerou tal atributo necessário à garantia do bem jurídico a ser protegido, sob pena de inutilidade de medida posterior.¹⁹⁸

A Administração Pública dispõe de várias medidas autoexecutórias constantes de expressos dispositivos legais. Em matéria de contrato, por exemplo, pode ocorrer a imediata assunção do objeto do contrato administrativo, bem como a utilização dos equipamentos e instalações do contratado para dar continuidade à execução do contrato por parte da Administração (art. 80, I e II, respectivamente, da Lei n. 8666/93) em razão da rescisão; a retenção da caução (arts. 86, §§ 2º e 3º e 87, § 1º da Lei 8666); a intervenção do poder

¹⁹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atualizadores: Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 164, nota 23.

¹⁹⁸ BOMFIM, Nina Laporte; FIDALGO, Carolina Barros. Releitura da autoexecutoriedade como prerrogativa da Administração Pública. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de ; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, 267-309, p.282-283.

concedente, prevista no art.32 da Lei n.8987/95 ou a encampação, prevista no art. 35, II, do mesmo diploma.

Em matéria de poder de polícia, a lei prevê a apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração administrativa decorrente de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, bem como a destruição ou inutilização do produto (Lei 9605/98, art. 72, IV e V, respectivamente); a reposição, pela Administração Pública, por sua própria força e autoridade, no seu antigo estado, das águas públicas, bem como o seu leito e margem, ocupados por particulares, ou mesmo pelos Estados ou municípios, conforme art. 58 do Decreto nº 24.643/34 (Código de Águas); a imediata apreensão dos produtos e instrumentos utilizados nas infrações estipuladas, nos termos do art. 35 da Lei nº 4.771/65 (Código Florestal); a apreensão dos produtos da caça e/ou da pesca, bem como dos instrumentos utilizados na prática das infrações previstas na lei, de acordo com o art. 33 da Lei nº 5.197/67 (que dispõe sobre a proteção à fauna); a apreensão de produtos e instrumentos, lavrando-se os respectivos autos, sendo os animais libertados em seu *habitat* ou entregues a jardins zoológicos, fundações ou entidades assemelhadas, desde que fiquem sob a responsabilidade de técnicos habilitados, verificada a infração, conforme disposto no art. 25 da Lei 9605/98. Tratando-se de produtos perecíveis ou madeiras, serão estes avaliados e doados a instituições científicas, hospitalares, penais e outras com fins beneficentes. Os produtos e subprodutos da fauna não perecíveis serão destruídos ou doados a instituições científicas, culturais ou educacionais. Os instrumentos utilizados na prática da infração serão vendidos, garantida a sua descaracterização por meio de reciclagem.¹⁹⁹

A Lei n. 10.261, de 26/10/1968 (Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo), nos artigos 111, 246 e 248;²⁰⁰ prevê hipóteses de desconto do vencimento do funcionário público.

¹⁹⁹ O TRF da 5ª Região já decidiu: ADMINISTRATIVO. BUSCA E APREENSÃO DE ANIMAIS SILVESTRES. PODER DE POLÍCIA. Desnecessidade de recorrer ao Judiciário para expedição de mandado de busca e apreensão, se o IBAMA detém o poder de polícia para coibir a prática de atos lesivos ao meio ambiente, nos termos da Lei 9.605/98. Apelação improvida. (TRF- 5ª Região, Ap. Cív. nº 348733/PB (2004.82.00.006757-2), T. 4, rel. Des. Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, j. 11.04.2006).

²⁰⁰ Art. 111 - As reposições devidas pelo funcionário e as indenizações por prejuízos que causar à Fazenda Pública Estadual, serão descontadas em parcelas mensais não excedentes da décima parte do vencimento ou remuneração ressalvados os casos especiais previstos neste Estatuto.

Art. 246 - O funcionário que adquirir materiais em desacordo com disposições legais e regulamentares, será responsabilizado pelo respectivo custo, sem prejuízo das penalidades disciplinares cabíveis, podendo-se proceder ao desconto no seu vencimento ou remuneração.

Art. 248 - Fora dos casos incluídos no artigo anterior, a importância da indenização poderá ser descontada do vencimento ou remuneração não excedendo o desconto à 10ª (décima) parte do valor destes.

Em nossa opinião, tais preceitos não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, não só em razão da proteção conferida ao salário, mas principalmente porque o art. 649, IV do Código de Processo Civil estipula serem absolutamente impenhoráveis “os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios [...]”.

Se nem o Poder Judiciário, órgão competente para resolver conflitos de interesses, pode determinar a penhora sobre o salário de uma pessoa, com muito mais razão não pode a Administração Pública, em sede de um processo administrativo, determinar o desconto em folha de pagamento, pois nesse caso estaria não só penhorando o salário, mas executando o crédito sobre bem que não é, sequer, passível de penhora (que é ato executório anterior à satisfação do crédito).

A independência das instâncias civil, penal e administrativa é outro elemento para justificar nosso posicionamento. A imposição do desconto em folha de pagamento tem a finalidade de indenizar (no sentido de tornar indene, ou seja, sem dano) e, portanto, configura uma penalidade civil e, não, administrativa. Assim, somente na esfera civil pode ser aplicada.

A Administração Pública poderá, porém, proceder ao desconto em folha, desde que haja aquiescência do servidor, tendo em conta que o seu aperfeiçoamento se dará com a manifestação de duas vontades – a do Estado e a do servidor. Faltando-lhe esta aquiescência, deverá recorrer às vias judiciais. A jurisprudência ampara tal entendimento.²⁰¹

²⁰¹ Ementa: Mandado de Segurança. 2. Desaparecimento de talonários de tíquetes-alimentação. Condenação do impetrante, em processo administrativo disciplinar, de ressarcimento ao erário do valor do prejuízo apurado. 3. Decisão da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados de desconto mensais, em folha de pagamento, sem a autorização do servidor. 4. Responsabilidade civil de servidor. Hipótese em que não se aplica a auto-executoriedade do procedimento administrativo. 5. A Administração acha-se restrita às sanções de natureza administrativa, não podendo alcançar, compulsoriamente, as conseqüências civis e penais. 6. À falta de prévia aquiescência do servidor, cabe à Administração propor ação de indenização para a confirmação, ou não, do ressarcimento apurado na esfera administrativa. 7. O Art. 46 da Lei nº 8.112, de 1990, dispõe que o desconto em folha de pagamento é a forma como poderá ocorrer o pagamento pelo servidor, após sua concordância com a conclusão administrativa ou a condenação judicial transitada em julgado. 8. Mandado de Segurança deferido. (STF, MS nº 24.182-9/DF, Pleno, rel. Min. Mauricio Corrêa, v. u., j. 12-02-2004, DJ 03-09-2004).

Acórdão: Administrativo. AGTR. Multa aplicada pelo TCU. Ato não revestido de auto-executoriedade. Impossibilidade de desconto da dívida diretamente na folha de pagamento. Recurso provido. 1. Não pode incidir sobre a remuneração ou provento nenhum desconto, salvo se por anuência do servidor, por imposição legal ou por mandado judicial. 2. A decisão do Tribunal de Contas da União, de que advenha multa ou débito, terá eficácia de título executivo e poderá ser executada mediante processo de execução, com a evidente dispensa do processo de conhecimento. 3. A auto-executoriedade é atributo de alguns atos administrativos, quando configurada situação urgente e com perigo de grave lesão à Administração. 4. A doutrina é uníssona no sentido de que a cobrança de multa, quando não paga espontaneamente pelo particular, só poderá ser efetivada mediante ação judicial, sendo uma das hipóteses em que a Administração não poderá valer-se da auto-executoriedade. 5. AGTR provido. (TRF 5ª Região, AGTR nº 66.796-SE, T. 2, rel. Dês. Napoleão Nunes Maia Filho, v.u., j. 20-06-2006)

Ementa: ADMINISTRATIVO. PENSÃO MILITAR, REPOSIÇÃO AO ERÁRIO, VERBA ALIMENTAR – RECEBIMENTO DE BOA-FÉ. SÚMULAS N. 106 E 235 DO TCU. 1. Sopesando as orientações das Súmulas nºs 106 e 235 do TCU, infere-se que, muito embora estejam os servidores ativos e inativos e pensionistas

O Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997) estabelece, no art. 269, medidas administrativas, como retenção e remoção do veículo e recolhimento da Carteira Nacional de Habilitação.

O artigo 270 do CTB esclarece que o veículo poderá ser retido nos casos expressos naquele código, enumerando as situações em que a irregularidade não pode ser sanada no local da infração.

O parágrafo 2º do mesmo dispositivo diz que o certificado de licenciamento anual poderá ser retido quando houver a liberação de veículo apreendido e retirado por condutor regularmente habilitado, assinando-se prazo para a regularização e, tão logo regularizado, o documento deve ser devolvido.

As hipóteses de retenção da carteira nacional de habilitação estão previstas no artigo 273 da mesma lei e referem-se aos casos em que há suspeita de inautenticidade ou adulteração do documento.

Em relação a essas situações, não há discussão quanto às medidas autoexecutáveis. Todavia, em relação ao disposto no parágrafo único, do artigo 271, do Código de Trânsito, que dispõe: “A restituição dos veículos removidos só ocorrerá mediante o pagamento das multas, taxas e despesas com remoção e estada, além de outros encargos previstos na *legislação específica*”, algumas discussões existem.

obrigados, por força de lei, a restituir ao erário as importâncias que lhes forem indevidamente pagas, ainda que percebidas de boa-fé, tal não se impõe aos valores, de natureza alimentar, auferidos até o conhecimento, pelo órgão competente, da decisão que decidiu pela ilegalidade da concessão da reforma, aposentadoria ou pensão. A expressão “por si só”, constante da Súmula nº106/TCU é clara ao evidenciar a ausência de auto-executoriedade, quanto à reposição ao erário, mediante desconto em folha de pagamento. 2. Conquanto se reconheça à Administração Pública o poder-dever de anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais (Súmula nº 473 do STF) – e ainda que em decorrência da aplicação do art. 17 do ADCT -, gize-se que tal prerrogativa lhe assegura apenas a possibilidade de fazer cessar os efeitos do ato ilegal, na linha de auto-executoriedade dos atos administrativos; o que não lhe autoriza, no entanto, à mútua de determinação judicial ou anuência do funcionário ou pensionista, invadir a esfera patrimonial de seus servidores, com o fito de se ressarcir de eventuais prejuízos, relacionados a valores pretéritos. 3. Apelação e remessa necessária desprovidos. (TRF 2ª Região, Ap. Cív. nº 415917, T. 8, rel. Des. Poul Erik Dyrlund, v. u., j. 03-06-2008, DJU 06-06-2008, p. 564)

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Servidor público – Ato praticado consistente em ordem de estorno da conta corrente da impetrante de importância referente a vencimentos indevidamente recebidos – Ilegalidade – Desconto realizado sem autorização da impetrante ou sem procedimento jurisdicional – A imposição do estorno caracteriza manifestação de auto-executoriedade com relação a matéria para a qual a Constituição assegura a apreciação jurisdicional – Recursos improvidos. (TJ/SP, Ap. Cív. nº 064.926.5/2-SP, 9ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Sidnei Beneti, v.u., j. 14-04-1999)

Ementa: PROVENTOS. Leme. Decreto municipal determinando redução de proventos, em face da constatação de erros de cálculo na concessão de quinquênios e sexta-parte. Assegurado apenas o direito de interpor recurso administrativo. INADMISSIBILIDADE. Ofensa ao devido processo legal (contraditório e ampla defesa). Recurso provido para conceder a segurança. (TJ/SP, Ap. Cív. nº 200.407-5/4-00, 6ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Oliveira Santos, v.u., j. 30-09-2002).

Primeiro, comporta destacarmos que se trata de norma legal que condiciona a liberação de veículo apreendido a prévio pagamento das multas, fazendo, inclusive, referência à “legislação específica”.

“Legislação específica” é expressão de conteúdo indeterminado, pretendendo fazer referência a qualquer tipo de norma, seja portaria, regulamento ou lei. Todavia, como destacaremos no capítulo seguinte, apenas lei, no seu sentido formal, pode servir como medida de limitação de direito ou imposição de obrigação.

Nessa seara, os proprietários de veículos apreendidos, para buscarem a liberação do veículo sem o pagamento prévio da multa aplicada, alegam o teor da Súmula nº323 do Supremo Tribunal Federal, que considera “inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”.

Ainda que defensável esse posicionamento, nossos tribunais têm se posicionado de modo diverso, admitindo o condicionamento da liberação do veículo ao pagamento da multa aplicada.²⁰²

²⁰² Ementa: ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. AUTUAÇÃO EM FLAGRANTE. EQUIVALÊNCIA À NOTIFICAÇÃO DO COMETIMENTO DA INFRAÇÃO. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA OBEDECIDOS. APREENSÃO DO VEÍCULO. EXIGÊNCIA DE PAGAMENTO DAS MULTAS. CONDIÇÃO PARA RESTITUIÇÃO AO PROPRIETÁRIO. LEGALIDADE. ART. 262, § 2º DO CTB. 1. No presente caso, a autoridade de trânsito validamente aplicou a penalidade de apreensão do veículo, uma vez que o condutor foi autuado em flagrante por infração de trânsito prevista no art. 230, inc. V, do Código de Trânsito Brasileiro. 2. Jurisprudência pacificada neste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que havendo autuação em flagrante, com a assinatura do infrator no respectivo auto, torna-se inexigível posterior notificação para apresentação de defesa prévia, sendo esta equivalente àquela, de acordo com o art. 280, VI, do CTB. 3. O art. 262, § 2º, do CTB, especificamente, condiciona a restituição dos veículos apreendidos ao prévio pagamento das multas, das taxas e despesas de remoção, de depósito e outros encargos. Precedentes. 4. Recurso especial provido. (STJ, REsp 804342, T.1, rel. Min. José Delgado, v.u., j. 03-08-2006, DJ 18/09/2006, p. 285). No mesmo sentido: 1) Ementa: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CÓDIGO BRASILEIRO DE TRÂNSITO (LEI N.º 9.503/97). ART. 230, V, E 262, § 2º. TRAFEGAR SEM REGISTRO E LICENCIAMENTO. APREENSÃO DO VEÍCULO. LIBERAÇÃO CONDICIONADA AO PAGAMENTO DE MULTAS JÁ VENCIDAS. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE LESÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. PENDÊNCIA. JULGAMENTO. RECURSO ADMINISTRATIVO. EFEITOS SUSPENSOS. INTERPRETAÇÃO CONJUGADA DOS ARTIGOS 285, § 1º E 286 DO CTB. 1. A autoridade de trânsito não pode exigir, como condição para liberar veículo apreendido, o pagamento de multas das quais o interessado ainda não tenha sido notificado, em razão da garantia do devido processo legal e da ampla defesa. Na hipótese em que as multas em cobrança já foram devidamente notificadas, oportunizada a defesa, nada impede que a autoridade condicione a liberação do veículo à respectiva quitação, se já vencidas as dívidas. 2. "Não há exigibilidade da multa de trânsito na pendência de recurso, o que impede seja seu pagamento demandado pela administração pública para a renovação da licença. O direito de defesa, de acordo com as disposições do artigo 286, do CTB, não se restringe apenas à 'notificação para se defender'. O expresso mandamento do § 1º, do artigo 285, da Lei nº 9.503/97, de que 'o recurso não terá efeito suspensivo', não se refere à penalidade de multa, mas apenas refere-se às demais penalidades" (REsp 249.078/MG, Relator Ministro Franciulli Netto, julgado em 20.06.00). 3. Recurso especial improvido. (STJ, REsp. 828575 / MG, T.2, rel. Min. Castro Meira, v.u., j. 20-06-2006, DJ 01-08-2006, p. 416). 2) Ementa: Transporte coletivo. Apreensão de veículo. Transporte clandestino. Ação legítima do poder público. Admissibilidade da exigência de prévio pagamento da multa e encargos com o depósito do bem. Exercício regular do poder de polícia. Auto-executoriedade das sanções de polícia. Valor da sanção a ser adequado à legislação federal, na parte que extrapola para maior. Recursos oficial e voluntário providos em parte, reduzida a multa, revogada a liminar. (TJ/SP, Ap. Cív. nº 209.261.5-2, rel. Des. Pinheiro

Outra discussão surge em relação ao condicionamento da expedição de documento de licenciamento do veículo ao pagamento de multas.

Embasados no direito fundamental do devido processo legal e na garantia da ampla defesa, os tribunais têm decidido pela ilegalidade do condicionamento da expedição do documento de licenciamento do veículo ao prévio pagamento de multas de infração das quais o proprietário do veículo não foi notificado.²⁰³

Nesse ponto, o debate surge em vista da Súmula nº127, do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe: “é ilegal condicionar a renovação da licença de veículo ao pagamento de multa, da qual o infrator não foi notificado”.

Numa interpretação inversa da referida súmula, temos que, caso haja notificação prévia da imposição da penalidade, perfeitamente possível admitir o condicionamento, ao prévio pagamento das infrações, da expedição do documento de licenciamento do veículo. Isto porque o referido documento comprova a regularização do veículo junto aos órgãos de trânsito.

Cumprir verificar, portanto, que as leis, que disciplinam a autoexecutoriedade, o fazem em atendimento de uma competência administrativa. Desse modo, e à luz do pacto federativo, cada ente estatal possui sua própria competência legislativa.

Nesse sentido, muitos outros exemplos de autoexecutoriedade expressa em lei poderiam ser citados, como as leis municipais e estaduais, que disciplinam apreensão de mercadorias expostas à venda, com prazo de validade vencido; fechamento de casas noturnas que estejam produzindo barulho excessivo; lacração de postos de combustível que estejam vendendo gasolina ou álcool adulterado, dentre outras.

Franco, j. 19-04-2005). No mesmo sentido TJ/SP, Ap. Cív. nº 90.204-5/3, 1ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Demóstenes Miguelino Braga, v.u. j. 26-10-1999; TJ/SP, Ap. Cív. nº 93.286-5/8, 2ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Paulo Sunao Shintate, v.u., j. 19-10-1999.

²⁰³ Ementa: Mandado de segurança – Exigência do pagamento de multas para concessão do licenciamento do veículo – Ilegalidade – Notificação prévia – Garantia constitucional “Nas infrações de trânsito, a análise da consistência do auto de infração à luz da defesa propiciada é premissa inafastável para a aplicação da penalidade e consectário da garantia da ampla defesa assegurada no inciso LV, do artigo 5º da CF, como decorrência do *due process os law* do direito anglo-americano, hoje constitucionalizado na nossa Carta maior” (STJ – RESP 426084 – Min. Luiz Fux). (TJ/MG, Ap. Cív. nº 1.0024.05.815903-9/001, 7ª Câmara Cív., rel. Des. Alvim Soares, v.u., j. 30-01-2007, DJ 29-03-2007). No mesmo sentido: Ementa: Mandado de segurança – Multa de trânsito – Vinculação de pagamento para ser expedido licenciamento e transferência – Inobservância do devido processo legal – Impossibilidade – Sentença confirmada em reexame. Não obstante sejam legais as multas de trânsito aplicadas por lombadas e radares eletrônicos após a edição do atual Código Brasileiro de Trânsito, o DETRAN/MT não pode exigir o pagamento da multa para licenciar ou transferir veículo da parte impetrante. Tal exigência afronta o princípio constitucional do devido processo legal, uma vez que os atos sancionatórios não têm a autoexecutoriedade pretendida pela autarquia de trânsito. (TJ/MG, Reexame Necessário da Sentença nº 44282/2002, classe II – 27 – Comarca Capital, 3ª Câmara Cível, rel. convocado Des. Horácio da Silva Neto, v.u., j. 10/09/2003).

Nina Laporte Bomfim e Carolina Barros Fidalgo apresentam outro exemplo de previsão legal de autoexecutoriedade, consistente no cancelamento de registro fiscal especial das fabricantes de produtos derivados de tabaco, que não satisfazem suas obrigações tributárias. Essa medida, da qual decorre a interdição das respectivas fábricas, é prevista na legislação do IPI (Decreto-Lei nº 1.593/77) e do ICMS de alguns Estados, entre os quais o de São Paulo. Estão envolvidos, no caso, os princípios constitucionais do “direito à livre iniciativa e à propriedade das empresas inadimplentes com suas obrigações tributárias e, de outro, o direito das empresas, que atuam dentro da legalidade, a um ambiente concorrencial sem distorções”²⁰⁴.

A constitucionalidade desta hipótese, ou seja, da previsão contida no inciso II do art. 2º do Decreto-Lei nº 1.593/77, foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária, no julgamento da Medida Cautelar em Ação Cautelar nº 1657-6 RJ (j. 27.06.2007), da qual foi relator o Ministro Cezar Peluso:

[...] Carece de razoabilidade jurídica, para efeito de emprestar efeito suspensivo a recurso extraordinário, a pretensão de indústria de cigarros que, deixando sistemática e isoladamente de recolher o Imposto de Produtos Industrializados, com conseqüente redução do preço de venda da mercadoria e ofensa à livre concorrência, viu cancelado o registro especial e interditados os estabelecimentos.²⁰⁵

Enumerar todas as leis que tratam do tema é tarefa muito difícil, ou até impossível, e foge dos propósitos desse trabalho. Todavia, merece destaque a Lei Complementar nº33/96, do Estado de Sergipe, intitulada *Código de Organização e Procedimento da Administração Pública*, que deixa expresso:

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:

²⁰⁴ BOMFIM, Nina Laporte; FIDALGO, Carolina Barros. Releitura da autoexecutoriedade como prerrogativa da Administração Pública. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de ; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, 267-309, p. 292-297.

²⁰⁵ EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Efeito suspensivo. Inadmissibilidade. Estabelecimento industrial. Interdição pela Secretaria da Receita Federal. Fabricação de cigarros. Cancelamento do registro especial para produção. Legalidade aparente. Inadimplemento sistemático e isolado da obrigação de pagar Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI. Comportamento ofensivo à livre concorrência. Singularidade do mercado e do caso. Liminar indeferida em ação cautelar. Inexistência de razoabilidade jurídica da pretensão. Votos vencidos. Carece de razoabilidade jurídica, para efeito de emprestar efeito suspensivo a recurso extraordinário, a pretensão de indústria de cigarros que, deixando sistemática e isoladamente de recolher o Imposto sobre Produtos Industrializados, com conseqüente redução do preço de venda da mercadoria e ofensa à livre concorrência, viu cancelado o registro especial e interditados os estabelecimentos. (AC/1657 – Medida Cautelar na ação cautelar. http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=169&dataPublicacaoDj=31/08/2007&in_cidente=3707635&codCapitulo=5&numMateria=39&codMateria=1).

- 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.

Referido diploma, cujo anteprojeto foi de autoria de Carlos Ayres Britto, hoje ministro do Supremo Tribunal Federal, e de José Sérgio Monte Alegre, por influência do Código de Processo Administrativo português,²⁰⁶ buscou criar uma norma geral para a autoexecutoriedade, no campo daquele ente federativo, considerando a eficácia do ato administrativo.

Importante, ainda, destacar a exigência de prévia notificação do particular, como requisito procedimental, que, como veremos, é exigência lógica do ato autoexecutável e do princípio do devido processo legal.

5.2 Hipóteses em que não existe expressa disposição legal

Os doutrinadores divergem sobre o reconhecimento da autoexecutoriedade nos casos em que não existe explícita previsão legal dessa possibilidade, uma vez que inexistente, no ordenamento jurídico brasileiro, uma norma geral que confira esse atributo a todo e qualquer ato administrativo.

Dentre os doutrinadores, que estabelecem a relação natural e implícita entre esse atributo e o ato administrativo, encontram-se Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,²⁰⁷ José Cretella Júnior,²⁰⁸ Edmir Netto de Araújo,²⁰⁹ Hely Lopes Meirelles,²¹⁰ Régis Fernandes de Oliveira²¹¹ e Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Esse último assinala que a autoexecutoriedade é a regra para todos os atos administrativos, embora sempre sujeita a duas condicionantes inafastáveis: uma positiva, referente ao pressuposto da exequibilidade, pois

²⁰⁶ Remetemos o leitor para a nota de rodapé nº169, onde apresentamos o texto legal português.

²⁰⁷ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007, v. I, p.48.

²⁰⁸ CRETELLA JR. José. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 164.

²⁰⁹ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1992. p. 97

²¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atualizadores: Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 164.

²¹¹ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 100.

“só o ato exequível se torna executório”²¹² e uma negativa, no sentido de inexistir “exceção legal que submeta o ato administrativo a um prévio controle de legalidade, transferindo, assim, ao Poder Judiciário, a prerrogativa de alcançar, nessas hipóteses excepcionais, certos direitos fundamentais.”²¹³ Defende, ainda, que a executoriedade não é uma faculdade da Administração, que ela poderá usar ou não, a seu talante, mas um poder-dever. Executar seus atos sem prévio acerto (ou consulta) ao Judiciário não é escolha que lhe caiba, pois não é função do juiz exercer a consultoria administrativa.²¹⁴

Por sua vez, Hely Lopes Meirelles observa que se faz necessário, como adverte Bielsa,

distinguir os atos próprios do poder administrativo, na execução dos quais é irrecusável a autoexecutoriedade, dos que lhe são impróprios e, por isso mesmo, dependentes da intervenção de outro poder, como ocorre com a cobrança contenciosa de uma multa, que em hipótese alguma poderia ficar a cargo exclusivo dos órgãos administrativos. Mas as prestações tipicamente administrativas, principalmente as decorrentes da utilização do poder de polícia, podem ser exigidas e executadas imediata e diretamente pela Administração, sem necessidade de mandado judicial.²¹⁵

Régis Fernandes de Oliveira defende que a

autoexecutoriedade está sempre presente nos atos administrativos, constituindo-se em característica própria deles. Apenas não estará ínsita na força de tais atos quando houver procedimentalização judicial ou administrativa da atividade. Como exemplos podem ser mencionados o decreto de desapropriação (art. 184 da CF) e o de demissão de funcionário estável (art. 41, § 1º da CF).²¹⁶

A doutrina menos abrangente, ou seja, mais restritiva do reconhecimento do atributo da autoexecutoriedade, que entende que tal característica não existe em todos os atos administrativos, estando presente apenas em algumas situações, é esposada, dentre outros, por Celso Antônio Bandeira de Mello,²¹⁷ Maria Sylvania Zanella Di Pietro,²¹⁸ Carlos Ari

²¹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006. p. 103.

²¹³ *Ibidem*, p. 103.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 104.

²¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atualizadores: Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 165.

²¹⁶ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 100. A respeito da procedimentalização administrativa, o autor explica ser esta a forma de um procedimento para que se obtenha o ato final, i. é, quando a lei impõe, à Administração, um caminho a seguir. Se há um roteiro, se se impõe a oitiva do administrado, não cabe a executoriedade (Executoriedade dos atos administrativos. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. v. 684. p.44-46. out. 1992. p.44).

²¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.835.

²¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 200.

Sundfeld,²¹⁹ Celso Ribeiro Bastos, Lúcia Valle Figueiredo,²²⁰ Diógenes Gasparini,²²¹ José Maria Pinheiro Madeira,²²² Luis Manuel Fonseca Pires²²³.

Celso Antônio Bandeira de Mello destaca que, além das hipóteses que a lei expressamente autorizar, a autoexecutoriedade terá lugar “quando a adoção da medida for urgente para a defesa do interesse público e não comportar as delongas naturais do pronunciamento judicial sem sacrifício ou risco para a coletividade” e “quando inexistir outra via de direito capaz de assegurar a satisfação do interesse público que a Administração está obrigada a defender em cumprimento à medida de polícia”. E acrescenta ser natural que o exercício da coação administrativa se manifeste com maior frequência no campo do poder de polícia,

pois os interesses coletivos defendidos não poderiam, para eficaz proteção, depender das demoras resultantes do procedimento judicial, sob pena de perecimento dos valores sociais resguardáveis através das medidas de polícia, respeitadas, evidentemente, entretanto, as garantias individuais do cidadão constitucionalmente estabelecidas.²²⁴

Para Carlos Ari Sundfeld, a executoriedade deriva sempre de autorização, explícita ou implícita, da norma legal. No que tange à autorização implícita para a executoriedade, lembra lição de Gordillo, no sentido de ser fundamental que ela esteja reconhecida, de forma razoavelmente implícita, jamais operando na absoluta ausência de fundamentação normativa. Ter-se-á como razoavelmente implícita a executoriedade em duas situações:

- a) Quando a medida for urgente, resultando inócua se não executada de imediato. São os casos clássicos da pacificação dos distúrbios de rua, do abate de animal contaminado, da eliminação de aterro perigoso e derrubada de prédio em ruínas. 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;
- b) Quando a natureza da medida, mesmo não urgente, exigir sua execução administrativa, sob pena de restar sem conteúdo, impedindo a realização do

²¹⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 84.

²²⁰ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 195.

²²¹ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 77.

²²² MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Reconceituando o poder de polícia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 60.

²²³ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*. São Paulo: Quartier Latin. 2006. p. 99.

²²⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 835. E enumera como exemplos: a) dissolução de comício ou passeata, quando estes sejam perturbadores da tranqüilidade pública; b) a interrupção de um espetáculo teatral por atos obscenos; c) a apreensão de gêneros alimentícios impróprios para o consumo, por deteriorados ou insalubres; d) o fechamento de estabelecimento industrial que exceda o nível de ruídos tolerável e legalmente estabelecido; e) a sustação da circulação de táxis que trafeguem sem a competente aferição do taxímetro.

interesse público. São as hipóteses da requisição de prédio para o pleito eleitoral e da intervenção em empresa.²²⁵

Salienta, outrossim, que “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”.²²⁶

Nessa linha, manifesta-se Celso Ribeiro Bastos:

Há executoriedade apenas nos casos expressamente previstos em lei ou implícitos no sistema legal, quer dizer, naqueles casos em que se faz necessária a tomada de medida urgente, sob pena de grave comprometimento do direito que incumbe à Administração proteger. Isto se verifica, especialmente, nos atos de polícia, como por exemplo, interdições de atividades ilegais, inutilização de medicamentos ou de gêneros alimentícios impróprios para o consumo. É certo que essas medidas devem ser precedidas de notificação e de comprovação da legalidade da atuação do Poder Público.²²⁷

Perfilhamos a segunda corrente doutrinária por sustentarmos que a autoexecutoriedade não é atributo de todos os atos administrativos. Ela existe nos casos previstos em lei ou quando, mesmo que não autorizada em lei, for indispensável à imediata salvaguarda do interesse público, sob pena de ser inútil qualquer medida posterior.^{228 229}

Tal posição se mostra “mais consentânea com os direitos e garantias fundamentais de um Estado Democrático de Direito”²³⁰, nos dizeres de Luis Manuel Fonseca Pires.

²²⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 84.

²²⁶ *Ibidem*, p. 84.

²²⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 1996. p. 104.

²²⁸ Por exemplo: “ANULATÓRIA. Emissão de ruídos acima do permitido em lei – Imposição de multa e interdição de estabelecimento – Admissibilidade – No âmbito do poder de polícia conferida à Administração Pública, as atividades contrárias ao interesse coletivo e às exigências legais devem ser coibidas – Tal poder implica na imposição de restrições administrativas, medidas preventivas e repressivas, dotadas da auto-executoriedade. Recurso improvido.” (TJ/SP, Ap. Cív. nº 277.985-5/9-00, 7ª Câmara. Dir. Público, rel. Des. Walter Swensson, v.u., j. 8.05.2006.). Em sua fundamentação firma posição: “no âmbito do poder de polícia conferida à Administração Pública, as atividades individuais contrárias ao interesse coletivo e às exigências legais devem ser afastadas, para evitar atos abusivos de particulares. Tal poder implica imposição de restrições administrativas, medidas preventivas e repressivas, dotadas de auto-executoriedade, capazes de cessar as atividades que violarem as normas de saúde, sossego, higiene e segurança.”

²²⁹ EMENTA: Os atos dotados de autoexecutoriedade, ainda quando realizados no exercício do seu poder de polícia, só estão autorizados nos casos expressamente previstos em lei ou quando existir urgência na atuação da Administração ante a previsão de prejuízo iminente ao interesse público, observando sempre o princípio da proporcionalidade dos meios aos fins. (Apelação Cível nº000.237.926-1/00. TJ/MG. Rel. Dês. Carreira Machado. 29.08.2002.).

²³⁰ PIRES, Luis Manuel Fonseca. A auto-executoriedade do ato administrativo: condições de existência, requisitos de validade e outros aspectos. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. Ano 7, nº2, p. 47-69, julho/dezembro-2006. p. 61.

5.2.1 Casos de urgência

A autoexecutoriedade está presente quando se trata de medida urgente que, caso não adotada de imediato, possa ocasionar prejuízo maior para o interesse público.

Maria Silvia Zanella Di Pietro coloca que essa hipótese é de excepcionalidade quase que absoluta e de difícil aplicação,

só devendo ser utilizada em hipóteses extremas, em que haja iminentes riscos para a vida, a incolumidade, a segurança, a saúde pública. Sem a iminência do risco, não há fundamento para a adoção de medida não prevista em lei, pelas conseqüências que pode acarretar em termos de responsabilidade do Estado e do servidor. É difícil até mesmo justificar, diante do princípio da legalidade, a adoção de medidas autoexecutáveis, quando não haja previsão legal.²³¹

Cita como exemplo de urgência a demolição de prédio que ameaça ruir, o internamento de pessoa com doença contagiosa, a dissolução de reunião que ponha em risco a segurança de pessoa e coisas.²³²

Ocorre que, com o agigantamento das funções do Estado, essas hipóteses também sofreram um aumento considerável.

Vejamos, por exemplo, um caso concreto que chegou aos nossos tribunais, em que fica evidente que não haveria tempo suficiente para a Administração Pública buscar o amparo do Poder Judiciário, para só depois agir:

MANDADO DE SEGURANÇA – Ato administrativo – Interdição e destruição de viveiro de mudas de café infestadas por parasitas – Alegação de afronta ao direito prévio de defesa e contraditório regular – Preponderância do interesse público pela não disseminação da praga – Autoexecutoriedade dos atos administrativos – Inexistência de direito líquido e certo – Ordem denegada – Inteligência do art. 5º, LV, da CF. O contraditório e a ampla defesa, garantias constitucionais proclamadas no dispositivo da Lei Maior (art.5º, LV) devem ser observados, não há dúvida, como regra geral, mas não absoluta, sob pena de ficar desamparado em muitos casos o interesse público, quando então impõe-se a prevalência da autoexecutoriedade de que gozam os atos administrativos, relegando-se para fase posterior o direito de defesa. (Ap. 179.373-1/7 – 8ªC. – j. 24.11.92 – rel. Des. Antônio Marson. TJSP).²³³

Se, ao invés de atuar no exercício da autoexecutoriedade, a Administração se socorresse da tutela jurisdicional, o risco para a coletividade seria muito grande. Outras

²³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Abrangência e limites da atividade de ordenação da administração pública em matéria de saúde pública*. p.89. Disponível em: <http://www.funasa.gov.br/epi/dengue/pdfs/pncd_legislacao.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2003.

²³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 200.

²³³ *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 82, n. 692, jun. 1993. p. 77.

plantações de café poderiam ser infestadas pelos mesmos parasitas ou até mesmo o consumidor daquele café poderia ter sua saúde comprometida.

Em outra hipótese, não acobertada pela situação de urgência, o Tribunal considerou inadmissíveis as providências tomadas pelo Prefeito Municipal de Pirajuí, que decidira retomar o imóvel doado à Agropastoril Estevam S/C Ltda e confiscar o frigorífico instalado com todos os seus equipamentos, em razão do não cumprimento das condições impostas na doação.²³⁴

García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandes²³⁵ tratam desse assunto sob a perspectiva do conhecido “estado de necessidade”. Chamam a atenção para duas situações de “estado de necessidade” no Direito Administrativo. A primeira compreende aqueles casos conhecidos por “estado de sítio” e “estado de defesa”, que possibilitam algumas medidas auto-executórias diante das situações previstas na lei (no Brasil está previsto na Constituição), tornando, por isso, lícita a coação direta, sem observância dos procedimentos normalmente possíveis em situação de normalidade. A segunda se reporta aos chamados “regulamentos de necessidade”, que são baixados contra a lei, ou melhor, sem qualquer previsão em lei. Nesses casos, “o valor que se sacrifica é todo o sistema de legalidade da Administração”.

Citando decisão do Conselho de Estado francês, referidos autores apontam que a consagrada “doutrina das circunstâncias excepcionais” é aquela em que “acima dos interesses individuais mais respeitáveis, sobre os interesses coletivos mais sérios e mais justificados, está o direito superior de uma sociedade e de uma nação de assegurar sua existência”.

Apontam como fundamental para esse tipo de atuação a “superioridade dos valores humanos mais elementares e profundos, a fraternidade dos seres humanos perante a vida, sobre a formalidade das competências, dos procedimentos e da legalidade no uso dos poderes públicos”.²³⁶

O Superior Tribunal de Justiça considera que a autoexecutoriedade é medida obrigatória para a Administração Pública; assim, nos casos de urgência, ela não só está

²³⁴ DOAÇÃO – Revogação pela Municipalidade, por falta de cumprimento das condições – Discricionariedade do Poder Público – Cabimento – Autoexecutoriedade do ato – Retomada de imóvel doado e confisco de frigorífico instalado, com todos seus equipamentos – Inadmissibilidade – Possibilidade da autoexecutoriedade somente em casos urgentes, emergenciais e que envolvam segurança pública ou perigo de dano à saúde pública – Sentença reformada, com mandado de segurança concedido – Recurso da impetrante provido – Embora possível a revogação de doação de bem público, por falta de cumprimento das condições – ato discricionário do Poder Público – a autoexecutoriedade desse ato somente pode ocorrer em se tratando de caso urgente, emergencial, envolvendo segurança pública, previamente constatado. (Apelação nº75.105.5/1 – Pirajuí. Rel. Luis Ganzerla. 14.09.1999).

²³⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2004. t. I, p. 737.

²³⁶ *Ibidem*, p. 739.

autorizada a agir, como está obrigada a isso, sob pena de, assim não procedendo, ser compelida a atuar por meio de Ação Civil Pública.²³⁷

Esse entendimento reflete posição de que não se pode admitir a omissão do Estado em atuar na defesa de direito assegurado na Constituição, sob a alegação de falta de norma regulamentadora.

Tendo a Constituição assegurado um direito ao cidadão e atribuído uma competência a determinado órgão estatal, não podemos admitir que não tenha atribuído os meios para a concretização harmônica entre esses.

²³⁷ Nesse sentido: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. COLETA DE LIXO. SERVIÇO ESSENCIAL. PRESTAÇÃO DESCONTINUADA. PREJUÍZO À SAÚDE PÚBLICA. DIREITO FUNDAMENTAL. NORMA DE NATUREZA PROGRAMÁTICA. AUTOEXECUTORIEDADE. PROTEÇÃO POR VIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE. ESFERA DE DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR. INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. 1. Resta estreme de dúvidas que a coleta de lixo constitui serviço essencial, imprescindível à manutenção da saúde pública, o que o torna submisso à regra da continuidade. Sua interrupção, ou ainda, a sua prestação de forma descontinuada, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão necessita utilizar-se desse serviço público, indispensável à sua vida em comunidade. 2. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Trata-se de direito com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado. 3. Em função do princípio da inafastabilidade consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todos os cidadãos residentes em Cambuquira encartam-se na esfera desse direito, por isso a homogeneidade e transindividualidade do mesmo a ensejar a bem manejada ação civil pública. 4. A determinação desse dever, pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea. 5. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar a saúde pública a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais. 6. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. 7. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de *lege ferenda*, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação. 8. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária. 9. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional. 10. “*A questão do lixo é prioritária, porque está em jogo a saúde pública e o meio ambiente.*” Ademais, “*A coleta do lixo e a limpeza dos logradouros públicos são classificados como serviços públicos essenciais e necessários para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado, porque visam a atender as necessidades inadiáveis da comunidade, conforme estabelecem os arts. 10 e 11 da Lei n.º 7.783/89. Por tais razões, os serviços públicos desta natureza são regidos pelo PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE.*” 11. Recurso especial provido. (REsp. nº575.998-MG (2003/0135074-8), STJ. Rel. Min. Luiz Fux. J. 16.11.2004).”

Com isso, firmamos posição de que as normas constitucionais, que atribuem competência aos órgãos estatais, possuem força normativa e não podem ser relegadas a um segundo plano, sob a alegação de falta de regulamentação.

A Administração Pública, nesses casos, deve pautar-se pelo mandamento constitucional e pela própria razão de existir do Estado: satisfazer o interesse público.

5.2.2 Inexistência de outro meio

Como vimos, doutrinadores do porte de Celso Antônio Bandeira de Mello afirmam, além das hipóteses de urgência, que outra situação que possibilita à Administração praticar atos de modo autoexecutável configura-se nas hipóteses em que inexistir outra via de direito capaz de assegurar a satisfação do interesse público, que a Administração está obrigada a defender, em cumprimento à medida de polícia.

Tal entendimento remonta à orientação do julgado do Conselho de Estado francês, denominado *arrêt Société Immobilière de Saint-Just*, de 1902, que entendeu ser possível que a Administração executasse coativamente seus próprios atos, tanto quando houvesse autorização legal específica, quanto nas hipóteses em que não houvesse outros meios (sanção penal ou administrativa à desobediência) de coagir o particular ou, ainda, se outros procedimentos coercitivos estabelecidos tivessem sido inócuos.

No direito francês, descumprir a determinação judicial de praticar um ato administrativo configura ilícito penal. Assim, caso não haja qualquer sanção penal para a hipótese de descumprimento, não se pode admitir que o particular fique impune, sob pena de violar o próprio interesse público.

Foi nesse sentido que o caso citado aceitou a autoexecutoriedade.

Outros casos²³⁸ analisados pelo mesmo Conselho de Estado ampliaram a hipótese para abarcar penalidades de natureza civil e administrativa e, com isso, passou-se a sustentar que a inexistência de outra via de direito legitimaria a execução forçada de seus atos pela Administração.

²³⁸ Carla Amado Gomes cita os arestos *Commune de Triconville de 1909 e Anduran de 1925*. (*Contributo para o estudo das operações materiais da administração pública e do seu controlo jurisdicional*. Coimbra: Coimbra Editores, 1999. p. 53).

Esse posicionamento, portanto, é defendido sob o argumento de que a autoexecutoriedade é a última possibilidade de atingir a finalidade pública desejada, visto que as sanções penais, civis e administrativas são pressupostos negativos para o seu exercício.

Dessa forma compreendido, o argumento faz sentido, pois, segundo a teoria da norma, a estrutura do comando jurídico deve estar integrada a uma sanção pelo descumprimento da hipótese prevista; caso contrário, o comando normativo torna-se inútil.

Não obstante, a hipótese, analisada sob a ótica do sistema jurídico brasileiro, afigura-se-nos totalmente despicienda.

No Código Penal brasileiro, há expressa previsão dos crimes de desobediência (art. 330) e de resistência (art. 329) que, em tese, podem servir como meios coercitivos para o cumprimento e o atendimento do comando estatal.

Na seara administrativa, existem as sanções dessa natureza, como, por exemplo, a multa, a cassação de alvará de funcionamento, dentre outras, que também servem como meios coercitivos para obrigar o particular a praticar o ato administrativo.

Na esfera civil, ao contrário do entendimento esposado na jurisprudência francesa, que entendeu defender a executoriedade, no caso de não haver uma ação civil para tutelar a atuação administrativa, o Código de Processo Civil afirma que, para todo direito, haverá uma ação que o proteja. São exemplos, portanto, as ações cominatórias que buscam o atendimento de uma obrigação de fazer ou de não-fazer, inclusive com a possibilidade de aplicação de multa diária, como forma de coagir ao atendimento da obrigação, até mesmo em sede de tutela antecipada, ou seja, antes da sentença.

Portanto, diante desse quadro do sistema jurídico nacional, essa hipótese de “inexistência de outra via” certamente não existirá.

Em todos os casos, haverá a possibilidade de a Administração se socorrer do Poder Judiciário para buscar uma sanção civil e, assim, conseguir meios de satisfazer o interesse público. Consoante lembram Nina Laporte Bomfim e Carolina Barros Fidalgo, na mesma linha adotada por decisões judiciais recentes, a autoexecutoriedade do ato administrativo, na falta de previsão legal, só pode “ser utilizada em hipóteses concretas de urgência e cautelaridade – podendo comportar postergação do contraditório – mas nunca poderá servir como meio punitivo para imposição de sanções ao administrado.”²³⁹

²³⁹ BOMFIM, Nina Laporte; FIDALGO, Carolina Barros. Releitura da autoexecutoriedade como prerrogativa da Administração Pública. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de ; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, 267-309. p.300.

Assim, entendemos que as hipótese de autoexecutoriedade, no Brasil, são apenas as situações com previsão legal e as situações que se inserem dentro do contexto de urgência da medida.

5.3 Fundamento da autoexecutoriedade

Antes de adentrarmos na análise propriamente dita do fundamento legal da autoexecutoriedade dos atos de polícia, destacamos que, no ápice do sistema jurídico nacional, está a Constituição Federal, elaborada com o propósito de proteger o cidadão dos poderes do Estado.

Por essa razão, a Carta Política vigente foi alcunhada pelo Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Deputado Ulisses Guimarães, de “Constituição Cidadã”, e, de fato ela apresenta, logo no seu início, um rol de direitos e garantias fundamentais. Antes disto, porém, coloca como fundamento da República a dignidade da pessoa humana e, como um dos objetivos daquela, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Com essas considerações iniciais, o problema de encontrar o fundamento para os atos autoexecutáveis pela Administração Pública é, justamente, perceber, no sistema jurídico, argumentos que os compatibilizem com os direitos e as garantias constitucionais.

Falando de autoexecutoriedade, estamos nos referindo ao privilégio de a Administração agir de ofício, ou seja, à possibilidade de coagir o administrado a cumprir uma obrigação mediante o emprego da força pública e sem a necessidade de uma intervenção prévia do Judiciário.

Identificar o fundamento para isso é saber quais razões jurídicas podem embasar tal comportamento.

A doutrina não é uniforme sobre o tema.

Rodrigo Bordalo Rodrigues²⁴⁰ cita doutrina que, além do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, aponta, ainda, como fundamentos para a autoexecutoriedade, o princípio da legalidade, o princípio da juridicidade, a presunção de legitimidade do ato administrativo e o princípio da eficiência.

Concordamos com seu posicionamento de que não há dúvida de que esses pontos são pressupostos para a autoexecutoriedade do ato, bem como de que melhor seria não os apontar

²⁴⁰ RODRIGUES, Rodrigo Bordalo. 2009 237 f. *Autoexecutoriedade do ato administrativo*. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). Faculdade de Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009. p. 89-120.

como fundamentos, pois isso implicaria dizer que, se o sistema não os apresentasse como fundamentos para a autoexecutoriedade, esta seria infundada e, conseqüentemente, ilegal.

Luis Manuel Fonseca Pires²⁴¹ afirma que o fundamento jurídico da autoexecutoriedade é o princípio da legalidade, posto que todo o comportamento da Administração Pública, em um Estado Democrático de Direito, está fundamentado nesse princípio jurídico.

Destaca, todavia, que o atributo da autoexecutoriedade representa um instrumento para realizar o bem comum, de forma a concretizar o regime jurídico administrativo calcado em dois princípios essenciais: o da supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade, pela Administração, desse mesmo interesse.

O mesmo autor cita, ainda, a doutrina de Manuel Maria Diez,²⁴² para quem a executoriedade tem, como fundamento político, a necessidade de o atendimento dos interesses públicos não poder ser afetada pelo não atendimento da obrigação imposta pela Administração ao administrado e, como fundamento jurídico, a presunção de legitimidade dos atos administrativos.

Entendendo, porém, que fundamento é a razão de alguma coisa e que a autoexecutoriedade é um atributo de ato administrativo, em tese, todos os pressupostos dos atos administrativos podem ser apontados como fundamento daquela. Isso porque os pressupostos, como vimos, são condições para a existência e validade do ato administrativo, portanto, podem ser apresentados como alicerces para o atributo do mesmo ato administrativo.

Todavia, preferimos adotar posição no sentido de considerar o princípio da legalidade como limite da autoexecutoriedade. Justificamos essa postura por admitirmos haver hipóteses de autoexecutoriedade sem previsão em lei específica e, assim, não haveria como colocar a lei como fundamento. Entendemos melhor colocar o princípio da legalidade como limite do ato administrativo autoexecutório, pois, com isso, passaremos à análise do ato expedido dentro do plano fático e estruturado no sistema jurídico.

A presunção de legitimidade do ato administrativo, também, não é por nós colocada como fundamento da autoexecutoriedade, por ser outro atributo do ato administrativo. Entendemos não ser técnico apontar como fundamento da autoexecutoriedade algo que surge

²⁴¹ PIRES, Luis Manuel Fonseca. A auto-executoriedade do ato administrativo: condições de existência, requisito de validade e outros aspectos. *Revista da Escola Paulista da Magistratura* São Paulo, v. 7, n.2, p. 47-69, jul./dez. 2006. p. 51.

²⁴² DIEZ, Manuel Maria. *El acto administrativo*. 2. ed. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina. 1961. p. 267.

ao mesmo tempo que ela, ou seja, com a edição do ato é que surgem os atributos da autoexecutoriedade e da presunção de legitimidade.

Enfim, entendemos que a justificativa para a autoexecutoriedade, como atributo do ato administrativo, está no reconhecimento da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, na necessidade de reconhecer a segurança jurídica para os atos administrativos e na necessidade de salvaguardar com rapidez e eficiência o interesse público. Todos os demais ou são pressupostos do ato, ou limites da atuação.

Nossa posição é justificada por verificar que todo o sistema do direito administrativo, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello,²⁴³ está construído sobre dois princípios fundamentais: supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela Administração.

Assim, a partir da noção de interesse público, sempre se justificou o próprio fim do Estado, pois aquele está na base de todas as funções estatais, notadamente no desempenho da função administrativa, seja na prestação de serviço público, no fomento, na prática da polícia administrativa e até mesmo nos atos intervencionistas.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁴⁴ lembra que o serviço só é público porque de titularidade do Estado, uma vez que atende a necessidades coletivas; da mesma forma, o Estado apenas incentiva a iniciativa privada, quando considera que o particular atua em benefício do interesse público; no mesmo sentido, o fundamento do poder de polícia é impor restrições ao exercício de direitos individuais em benefício do interesse coletivo.

Ocorre que, recentemente, alguns doutrinadores,²⁴⁵ ainda que imbuídos de bom propósito, passaram a defender o banimento ou a desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, com o argumento de que tal princípio viola direitos e garantias constitucionais.

Imediatamente, outros doutrinadores, do porte de Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁴⁶ e Alice Gonzalez Borges,²⁴⁷ manifestaram discordância do novo posicionamento apresentado, lembrando que:

²⁴³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. 26. ed. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 56.

²⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 36.

²⁴⁵ ARAGÃO, Alexandre et al. *Interesses público x Interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 28

²⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 36.

²⁴⁷ BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./mar. 2007. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 23 nov. 2009.

O direito administrativo nasceu exatamente no período do Estado liberal em que a grande preocupação era a de proteger os direitos individuais frente aos excessos do poder. Por isso mesmo se diz que o direito administrativo se caracteriza pelo binômio: liberdade e autoridade.²⁴⁸

Reforçam, com isso, a tese de que o papel do Estado é defender o interesse público, o interesse da coletividade. O Estado apenas se justifica se buscar o bem-estar social; assim compreendida, a supremacia do interesse público não coloca em risco os direitos individuais, mas, ao contrário, os preserva.

Sabemos que nenhum direito é ilimitado, mas, de alguma forma, encontra limitação no direito do próximo. Nesse sentido já apontava a Declaração dos Direitos do Homem de 1789:

A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique a outrem; assim, a existência dos direitos naturais de cada homem só tem por limites os que assegurem aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Tais limites só podem ser determinados por lei.

Verificamos, por isso, que a proposta de desconstrução ou de banimento do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular não encontra amparo, e, se efetivada, negará a própria razão do Estado e instalará o caos na sociedade.

Alice Gonzalez Borges enfatiza:

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.²⁴⁹

Di Pietro ensina, ainda,

A preocupação com a proteção do interesse público nasceu com o Estado Social. E não nasceu para proteger um interesse público único, indeterminado, difícil ou impossível de definir-se. Ele nasceu para proteger os vários interesses das várias camadas sociais. Ele não afetou os direitos individuais, mas passou a conviver com eles. Tanto assim é que, paralelamente ao princípio do interesse público, nasceram os direitos sociais e econômicos.²⁵⁰

Grande problema tem sido definir “interesse público”, uma vez que, como tantos outros conceitos do direito administrativo, é daqueles de conteúdo indeterminado.²⁵¹

²⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 37.

²⁴⁹ BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./mar. 2007. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 23.11.2009.

²⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 37.

²⁵¹ Dinorá Adelaide Musetti Grotti bem coloca que “os conceitos jurídicos se diferenciam dos demais conceitos por não se referirem a objetos (coisas), mas a significações. Utilizando-se das palavras de Eros Roberto Grau (“*Conceitos e normas jurídicas*”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988), a autora ressalva que a indeterminação não é dos conceitos jurídicos (idéias universais), mas de suas expressões (termos), por isso “mais adequada será a referência a termos indeterminados de conceitos e não a conceitos indeterminados, que,

Celso Antônio Bandeira de Mello, buscando esse conceito, em primeiro lugar afirma que é comum pensar que se trata de uma categoria contraposta à de interesse privado, individual; todavia, é certo dizer que ele se constitui no interesse do todo, do conjunto social, porém não se confunde com o somatório dos interesses individuais.

Explica o autor que o interesse público,

o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrindo também o depósito intertemporal destes mesmos interesses, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais.²⁵²

Exemplifica, citando o instituto da desapropriação, pois o particular, considerado individualmente, pode não ter interesse em se ver desapropriado de um bem; porém, ninguém duvida de que, enquanto membros de um grupo social, todos os indivíduos são favoráveis ao instituto, já que ele proporciona a abertura de ruas, estradas, espaços onde serão instaladas escolas, hospitais etc., em áreas cuja disponibilidade não poderia ficar no aguardo da vontade dos seus proprietários.

Com essas considerações, o autor apresenta o seu conceito para interesse público, considerando como tal “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”.²⁵³

No capítulo 3.2., fundamentamos o poder de polícia no interesse social, outro nome que se dá ao interesse público, também alcunhado de princípio da finalidade pública. Com isso, dissemos que essa finalidade deve ser perseguida tanto na elaboração da lei, como no momento de sua execução em concreto pela Administração Pública.

Por tudo isso, o interesse público é princípio que deve inspirar o legislador e todo aquele que exerce função pública, notadamente as autoridades administrativas, que estão a ele vinculadas. Caso não o observem, incidirão na prática de atos de improbidade administrativa, que restará configurada, dentre outras hipóteses legais, todas as vezes que o ato for praticado sem observância dos princípios administrativos, dos quais o interesse público faz parte, bem como em desvio de poder ou desvio de finalidade.

Nesse sentido, leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

de fato, não existem”. (Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*. São Paulo/ Bauru, n. 24, p. 61-115, dez./ mar.1999. p 67)

²⁵² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 26. ed., 2009. p. 60.

²⁵³ *Ibidem*, p. 61.

da mesma forma que esse princípio inspira o legislador ao editar as normas de direito público, também vincula a Administração Pública, ao aplicar a lei, no exercício da função administrativa.²⁵⁴

Associado ao princípio da supremacia do interesse público, está o da indisponibilidade do interesse público, que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, significa que,

sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*.²⁵⁵

Di Pietro destaca:

Precisamente por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os poderes atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão. Assim, a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei; não pode deixar de punir quando constate a prática de ilícito administrativo; não pode deixar de exercer o poder de polícia para coibir o exercício dos direitos individuais em conflito com o bem-estar coletivo; não pode deixar de exercer os poderes decorrentes da hierarquia; não pode fazer liberalidade com o dinheiro público. Cada vez que ela se omite no exercício de seus poderes, é o interesse público que está sendo prejudicado.²⁵⁶

Portanto, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular encontra fundamento constitucional na medida em que a execução administrativa, ou seja, o exercício da autoexecutoriedade, é medida que se impõe diante da falta de cumprimento espontâneo pelo particular, a fim de que a Administração Pública, em cumprimento da lei, realize a concretização do interesse público perseguido pela norma.

A partir da supremacia do interesse público, a doutrina aponta, ainda, como fundamentos da autoexecutoriedade, a “segurança jurídica e a necessidade de salvaguardar com rapidez e eficiência o interesse público”.²⁵⁷

De fato, se a Administração Pública, no desempenho de suas funções, necessitasse se socorrer do Judiciário para exigir o cumprimento das obrigações impostas aos particulares, todo o sistema entraria em colapso, não só pela demora normal da movimentação jurisdicional, mas pela própria inviabilidade das medidas de urgência, como, por exemplo, a

²⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 66.

²⁵⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 73.

²⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 66.

²⁵⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 112.

apreensão de mercadorias estragadas, a demolição de prédio que ameaça ruir, a internação de pessoa com doença contagiosa, a dissolução de reunião que ponha em risco a segurança de pessoas e coisas.

A segurança jurídica ganhou força no direito brasileiro, quando a doutrina passou a trabalhar com os conceitos de confiança e boa-fé.

Almiro do Couto e Silva,²⁵⁸ em pioneiro trabalho sobre o tema, explica que a confiança é o aspecto subjetivo da segurança jurídica. Para o autor, o princípio da proteção à confiança

impõe ao Estado limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais, ou atribui-lhe conseqüências patrimoniais por essas alterações, sempre em virtude da crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos.

A segurança jurídica é um daqueles princípios que fundamentam o próprio Estado de Direito, isto porque o que se busca com o próprio direito é a paz social que somente será atingida se houver segurança jurídica.

É por isso que Miguel Reale,²⁵⁹ ao tratar da “segurança”, ensina que há “algo de subjetivo, um sentimento, a atitude psicológica dos sujeitos perante o complexo de regras estabelecidas como expressão genérica e objetiva da segurança mesma”.

Isso porque é necessário distinguir entre o “sentimento de segurança” que é o “estado de espírito dos indivíduos e dos grupos de intenção de usufruir de um complexo de garantias, e este complexo como tal, como conjunto de providências instrumentais capazes de fazer gerar e proteger aquele estado de espírito de tranqüilidade e concórdia.”²⁶⁰

Para o autor, “certeza e segurança formam uma ‘díade’ inseparável”,²⁶¹ pois:

[...] se é verdade que quanto mais o direito se torna certo, mais gera condições de segurança, também é necessário não esquecer que a certeza estática e definitiva acabaria por destruir a formulação de novas soluções mais adequadas à vida, e essa impossibilidade de inovar acabaria gerando a revolta e a insegurança. Chego mesmo a dizer que uma segurança absolutamente certa seria uma razão de insegurança, visto ser conatural ao homem – único ente dotado de liberdade e de poder de síntese – o impulso

²⁵⁸ SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 2 mar. 2010. p. 4.

²⁵⁹ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 1986. p. 86.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 86.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 87.

para a mudança e a perfectibilidade, o que Camus, sob outro ângulo, denomina “espírito de revolta”²⁶².

Reale destaca, ainda, que outra díade deve ser lembrada, a da “justiça-ordem”, pois os valores se completam e jamais poderão ser reduzidos uns aos outros.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro,²⁶³ com a propriedade de ter integrado a comissão de juristas que elaborou o anteprojeto da Lei nº 9.784/99 e que inseriu, no direito administrativo, de forma expressa, o princípio da segurança jurídica, explica que o objetivo do dispositivo (art. 2º, inciso XIII) era o de vedar que a interpretação da norma administrativa, da forma que melhor atendesse ao fim público a que se dirigia, pudesse ser aplicada retroativamente.

A autora explica, ainda, que o princípio da segurança jurídica liga-se à proteção da confiança e da boa-fé, sendo certo que “o princípio da proteção à confiança leva em conta a boa-fé do cidadão, que acredita e espera que os atos praticados pelo Poder Público sejam lícitos e, nessa qualidade, serão mantidos e respeitados pela própria Administração e por terceiros”²⁶⁴.

Assim, a segurança jurídica pode ser interpretada no sentido de representar a garantia de que determinado direito possa ser exigido por seu titular, na medida em que reconhecidamente certo e previsível.

Celso Antônio Bandeira de Mello conclui que, por força do princípio da segurança jurídica,

(conjuntamente com os da presunção de legitimidade dos atos administrativos e da lealdade e boa-fé), firmou-se o correto entendimento de que orientações firmadas pela Administração em dada matéria não podem, *sem prévia e pública notícia*, ser modificadas em casos concretos para fins de sancionar, agravar a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões, de tal sorte que só se aplicam aos casos ocorridos depois de tal notícia.²⁶⁵

Nesse sentido é que se configura a necessidade de salvaguardar com rapidez e eficiência o interesse público como o outro fundamento da autoexecutoriedade. Isso porque, uma vez reconhecido como atributo do ato administrativo, não haveria segurança jurídica, muito menos estaria o interesse público protegido, se a Administração, para compelir o administrado, precisasse se socorrer do Judiciário.

Em última análise, e observando que a Administração, assim como o Judiciário, é o próprio Estado, na medida em que existe apenas uma repartição de funções, está a

²⁶² REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 1986. p. 87.

²⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Diriето administrativo*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 84.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 86.

²⁶⁵ BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 125.

Administração, da mesma forma que aquele, legitimada a manifestar o poder do Estado e, portanto, não há razão jurídica para ela se socorrer do Judiciário para exigir do administrado que cumpra obrigação por ela imposta de forma unilateral no desempenho de sua função administrativa.

Enfim, para nós, são fundamentos da autoexecutoriedade: a) a supremacia do interesse público sobre o interesse privado; b) a segurança jurídica; e c) a necessidade de salvaguardar com rapidez e eficiência o interesse público, pois esses elementos, por si só, explicam a razão de ser do atributo.

6 LIMITES DA AUTOEXECUTORIEDADE

Embora não seja tarefa fácil identificar e sistematizar os limites da autoexecutoriedade, enveredamos por essa tarefa com a convicção de sua importância, pois, mesmo vivenciando na atualidade os ares da liberdade, o Poder Público a todo instante se arvora em apresentar medidas restritivas dessa liberdade.

O exercício do poder de polícia, quando realizado com base na lei, deve observar as condições e limites constitucionalmente previstos, pois o controle dessas hipóteses é efetuado de forma a verificar a compatibilidade da norma com o sistema jurídico.²⁶⁶

A atuação administrativa na expedição de atos de polícia, quando não expressa na lei, mas decorrente da necessidade de rápida providência, em razão da existência de uma situação de urgência, também tem limites. Estes devem decorrer do próprio ordenamento jurídico, justamente por se tratar de um Estado de Direito. Surgem, então, problemas quanto à correta ponderação de princípios e valores, para justificar a medida adotada e evitar os abusos.

Nesse passo, é preciso também salientar que, como todo ato administrativo, a medida de polícia, mesmo quando discricionária, esbarra em algumas limitações impostas pela lei quanto aos seus elementos (conteúdo e forma) e pressupostos de existência (objeto e pertinência ao exercício da função administrativa) e de validade (sujeito, motivo, requisitos procedimentais, finalidade, causa e formalização), anteriormente apontados.

Com efeito, a execução pressupõe um ato administrativo. Portanto, como esclarece Carlos Ari Sundfeld:

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 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 se aceitar a execução originária.²⁶⁷

O equilíbrio entre as exigências do bem comum, impostas de forma unilateral pela Administração Pública e sem intervenção do Judiciário, e os direitos individuais, está no

²⁶⁶ O Estado do Rio de Janeiro fez editar a Lei n. 2.895, de 20-03-98, em que, absurda e insensivelmente, previa a autorização e disciplina relativas a competições entre “galos combatentes”, bem como o poder de polícia sobre tal atividade. O STF, entendendo ofensa ao meio ambiente (art. 225, § 1º, VII, da CF) por tratamento cruel a animais, suspendeu cautelarmente a eficácia da lei, considerando-a, a priori, inconstitucional (ADIN nº 1.856-RJ, rel. Min. Carlos Velloso, vide Informativo STF n. 203, de set./2000).

²⁶⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 83.

relativismo dos princípios constitucionais, notadamente, o da legalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade administrativa, do devido processo legal, do direito adquirido, uma vez que, como veremos, os direitos fundamentais são ponderados em cada caso específico, sendo que, na violação ou ameaça de violação a um desses direitos, assumirá, o Poder Judiciário, papel de fundamental importância na recondução dos limites e proteção dos mesmos direitos e exigências.

O rol apresentado não pretende esgotar a matéria, mas tão-somente despertar discussões em torno daqueles pontos que consideramos de maior relevo e, assim, propiciar maiores debates sobre o assunto.

6.1 Princípios constitucionais

A atividade da Administração Pública é norteada por uma pluralidade de princípios, os quais “formam um todo coerente, espelham os valores do Estado Democrático de Direito e norteiam toda a conduta administrativa”.²⁶⁸ Dessa forma, as limitações decorrentes do “poder de polícia” somente serão válidas se acatarem o somatório dos “princípios cimeiros que regem as relações de administração”, nas palavras de Juarez Freitas.²⁶⁹

A palavra princípio é equívoca, aparecendo com diferentes sentidos. Os princípios são as premissas básicas de um sistema, compondo o seu equilíbrio e determinando a unidade, harmonia e racionalidade interna do regime. Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que princípio

é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.²⁷⁰

Agustín Gordillo assevera que

A norma é limite, o princípio é limite e conteúdo. A norma dá à lei faculdade de interpretá-la ou aplicá-la em mais de um sentido, e o ato administrativo a faculdade de interpretar a lei em mais de um sentido; mas o princípio

²⁶⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 65.

²⁶⁹ FREITAS, Juarez. Poder de polícia administrativa e o primado dos direitos fundamentais. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme Costa (coord.). *Direito Público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.411.

²⁷⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 948.

estabelece uma direção estimativa, um sentido axiológico, de valoração, de espírito.²⁷¹

É por essa razão que Celso Antônio Bandeira de Mello diz que violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.²⁷²

José Joaquim Gomes Canotilho defende que o sistema jurídico do Estado de direito democrático português é um “sistema normativo aberto de regras e princípios”.²⁷³ Entendendo que o direito constitucional brasileiro, também nesse ponto muito se aproxima do direito português, temos como válida a lição de que as regras e princípios são duas espécies de normas. Distinguem-se, todavia, quanto: a) ao grau de abstração, uma vez que os princípios são normas com um grau de abstração elevado, enquanto que as regras possuem uma abstração relativamente reduzida; b) ao grau de determinabilidade na aplicação ao caso concreto, porque os princípios, por serem vagos e indeterminados, necessitam de mediações concretizadoras, enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta; c) ao caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito, pois os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico; d) à proximidade da ideia de direito, uma vez que os princípios são estandartes juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça ou na ideia de direito, e as regras, por sua vez, podem ser normas vinculantes com um conteúdo meramente funcional; e) à natureza normogenética, pois os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a razão das regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante. Diante desse quadro, ensina que:

os princípios são multifuncionais. Podem desempenhar uma função argumentativa, permitindo, por exemplo, denotar a *ratio legis* de uma disposição ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juízes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito.²⁷⁴

²⁷¹ GORDILLO, Agustín. *Introducción al derecho administrativo*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1966. p. 176. “La norma es limite, el principio es limite y contenido. La norma dá a la ley facultad de interpretarla o aplicarla em más de um sentido, y el acto administrativo la facultad de interpretar la ley em más de um sentido; pero el principio establece una dirección estimativa, um sentido axiológico, de valoración, de espíritu.”

²⁷² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 949.

²⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 171.

²⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 173.

Distingue, ainda, princípios e regras, considerando sua qualidade normativa e, nesse ponto, assevera:

1) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky); a convivência de regras é antinômica. Os princípios coexistem; as regras antinômicas excluem-se; 2) conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balaceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à “lógica do tudo ou nada”), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exata medida das suas prescrições, nem mais nem menos. 3) em caso de *conflito entre princípios*, estes podem ser objeto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas “exigências” ou “standards” que, em “primeira linha” (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm “fixações normativas” *definitivas*, sendo insustentável a *validade* simultânea de regras contraditórias. 4) os princípios suscitam problemas de *validade e peso* (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de *validade* (se elas não são corretas devem ser alteradas).²⁷⁵

Com base nessas lições, defende que o constitucionalismo adequado é aquele cuja estrutura sistêmica é formada de regras e princípios.

Um modelo formado unicamente por regras exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa. Resultaria em um sistema de segurança, que não daria espaço à complementação e desenvolvimento de um sistema. Tampouco permitiria a introdução de conflitos, de concordâncias, de balanceamentos de valores e interesses, comuns em uma sociedade pluralista e aberta.

Por sua vez, um modelo, fundado exclusivamente em princípios, causaria uma indeterminação inaceitável. “A inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do possível fático e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema”.²⁷⁶ Conclui, ao final, que:

Esta perspectiva teórico-jurídica, tendencialmente principialista, do sistema constitucional, como sistema processual de regras e princípios, é de particular importância, não só porque fornece suportes rigorosos para solucionar certos problemas metódicos sobre colisão de direitos fundamentais, mas também porque permite respirar, legitimar, enraizar e caminhar o próprio sistema. A respiração obtém-se através de textura aberta

²⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 174.

²⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 175.

dos princípios; a legitimidade entrevê-se na idéia de os princípios consagrarem valores (liberdade, democracia, dignidade) fundamentadores da ordem jurídica; o enraizamento prescreta-se na referência sociológica dos princípios a valores, programas, funções e pessoas; a capacidade de caminhar obtém-se através de instrumentos processuais e procedimentais adequados, possibilitadores da concretização, densificação e realização prática (política, administrativa, judicial) das mensagens normativas da constituição.²⁷⁷

No cuidado de conter os abusos, a Constituição de 1988 inovou ao fazer expressa menção aos princípios a que se submete a Administração Pública Direta e Indireta. O art. 37, *caput*, reportou de modo expreso à Administração Pública os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, esse último acrescentado pela EC 19/98, aos quais a Constituição Estadual de São Paulo acrescentou os da razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público (art. 111) e, com a redação da EC 21/2006, da eficiência .

Entretanto, fácil é verificar-se que inúmeros outros mereceram igualmente consagração constitucional; uns por constarem expressamente da Lei Maior, conquanto não mencionados no artigo 37; “*caput*”; outros, por nele estarem abrigados logicamente, isto é, como consequências dos aludidos princípios; outros, ainda, por serem implicações evidentes do próprio Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo.

Passaremos, a seguir, à análise daqueles princípios que consideramos de maior importância para o tema do trabalho, fazendo a ressalva de que cada um deles poderia ser objeto de um trabalho monográfico próprio e específico, como os já existentes no mercado editorial.

6.1.1 Legalidade

Analisar o princípio da legalidade em primeiro lugar decorre, logicamente, do próprio regime jurídico administrativo. Este, como já dissemos, está baseado nos pilares da prevalência do interesse público sobre o interesse privado e da indisponibilidade daquele interesse público. Em contrapartida, aparece o princípio da legalidade, que protege o administrado, na medida em que limita a atividade administrativa.

²⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 176.

Garcia de Enterría leciona:

A legalidade da Administração não é uma simples exigência para ela mesma, que pode derivar de sua condição de organização burocrática e racional: é também, e antes disso, uma técnica de garantia da liberdade. Toda ação administrativa, que força um cidadão a suportar o que a lei não permite, não somente é uma ação ilegal, é uma agressão à liberdade do cidadão. Desse modo, a oposição a um ato administrativo ilegal é, em último caso, uma defesa da liberdade de quem foi atingido injustamente por referido ato.²⁷⁸

O princípio da legalidade decorre da separação dos poderes (no sentido de separação de funções), uma vez que, admitido que o poder emana do povo, são os representantes desse povo que elaboram a lei (Poder Legislativo, em função típica), de forma que essa direcione a atividade administrativa.

Apenas por meio das leis, devidamente elaboradas segundo as regras do processo legislativo constitucional, é que podem ser criadas obrigações para os administrados, uma vez que apenas elas representam a vontade geral.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro diz, por isso, que:

Esse princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isso porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade.²⁷⁹

Celso Antônio Bandeira de Mello assume a mesma posição, ao afirmar que o princípio da legalidade “explicita a subordinação da atividade administrativa à lei e surge como decorrência natural da indisponibilidade do interesse público”.²⁸⁰

Hely Lopes Meirelles bem sintetiza o princípio da legalidade ao enfatizar que

na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “poder fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”.²⁸¹

²⁷⁸ ENTERRÍA, Eduardo García de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 2. ed. v.II. Madrid: Civitas, 1981. p. 48. (“*La legalidad de La Administración no es así una simple exigência a ella misma, que pudise derivar de su condición de organización burocrática y racionalizada: ES también, antes que eso, una técnica de garantizar la libertad. Toda acción administrativa que fuerce un ciudadano a soportar lo que La ley no permite no solo ES una acción ilegal, ES una agresión a La libertad de dicho ciudadano. Ed este modo La oposición a um acto administrativo ilegal ES, em último extremo, uma defesa de La libertad de quien há resultado injustamente afectado por dicho acto*”).

²⁷⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22.ed. São Paulo:Atlas, 2009. p. 63.

²⁸⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 75.

²⁸¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atualizadores: Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p 89.

A Constituição Federal de 1988 deixou claro que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II), de modo que, em nosso sistema jurídico, todo ato administrativo deverá ser infralegal, ou, excepcionalmente, infraconstitucional (por já estar inteiramente descrito na Constituição um comportamento que a Administração deva obrigatoriamente tomar, mesmo à falta de lei sucessiva), sendo, aí, estritamente vinculado.

Alertamos para a importância do princípio da legalidade²⁸² que, no Brasil, além de basear-se na própria estrutura do Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo, está previsto especificamente nos arts. 5º, inciso II, 37, *caput*, 84, inciso IV, 85, VII, da Constituição Federal.

Ruy Cirne Lima²⁸³, ao analisar, como característica da “restrição ou limitação policial”, a possibilidade de a Administração usar da força para executá-la, bem destaca:

A circunstância de se admitir o uso da força para a execução da restrição ou limitação policial não permite que, no Estado de Direito, a autoridade policial aja de forma arbitrária, desconhecendo o princípio de legalidade, que é noção fundamental do moderno Direito Administrativo.

Destaca, ainda, posição de Hartmut Maurer, no sentido de ser pacífico entre juristas que o princípio do Estado de Direito exige que as relações jurídicas entre Estado e cidadãos sejam regidas por leis que não se limitam a autorizar a ação do Poder Público, mas tornam essa ação previsível pelo cidadão.

Citando lição de Fritz Fleiner, Ruy Cirne Lima pondera que a importância de apreciar os limites da polícia em face do direito em vigor reside no fato de não se poder perder de vista que, no Estado de Direito, a presunção é a favor da liberdade do indivíduo de toda coação estatal. “Nesse sentido, a fórmula segundo a qual ‘o que não é proibido, é permitido’ contém uma verdade jurídica”.²⁸⁴

Dessa forma, a atuação no exercício do poder de polícia também deve ser medida de exceção e, por muito maior razão, os casos de autoexecutoriedade dos atos de polícia devem ser tratados como exceção de casos já excepcionais.

Otto Mayer, segundo Ruy Cirne Lima, dedicou capítulo especial aos “limites de poder das ordens de polícia”, registrando que esses limites repousam sobre a ideia de um “domínio inviolável para o Estado correspondente à liberdade dos indivíduos, à qual, na palavra de

²⁸² V. tópico 3.2.

²⁸³ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 306.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 311.

Rousseau, eles não renunciaram ou quiseram renunciar no contrato social que fundou o Estado”.²⁸⁵

Isso quer dizer que os indivíduos, ao formarem o Estado, o fazem não para limitar suas atividades, mas para organizar o próprio convívio. As medidas de limitação, portanto, devem atender aos interesses desse propósito.

Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que o uso da força está condicionado a necessidades muito claras da manutenção da ordem e da tranquilidade públicas e deverá ser considerado, sempre, como absoluta exceção.

No mesmo sentido, Luis Manuel Fonseca Pires²⁸⁶ entende que o princípio da legalidade é o de maior importância quando se fala em autoexecutoriedade, isto porque, num Estado Democrático de Direito, é esse princípio que legitima o comportamento da Administração.

A atuação administrativa está pautada pelo dever de realizar somente aquilo que a lei determina e esse princípio possibilita ao cidadão ter conhecimento dos exatos parâmetros que envolvem o comportamento estatal e as balizas que devem norteá-lo.²⁸⁷

Odete Medauar observa que essa aparente simplicidade esconde questões relevantes ao modo prático de aplicar o princípio. A autora cita os quatro significados do princípio, apontados por Eisenmann: “a) a Administração só pode editar atos ou medidas que não sejam contrários à lei; b) a Administração só pode editar atos ou medidas que uma norma autoriza; c) somente são permitidos atos cujo conteúdo seja conforme a um esquema abstrato fixado por norma legislativa; d) a Administração só pode realizar atos ou medidas que a lei ordena fazer”,²⁸⁸ para verificar qual possui aplicação.

Constatando que a enumeração demonstra o grau em que a Administração se vincula à norma, conclui que, adotado o último significado, a Administração ficaria engessada em razão da impossibilidade de serem previstas todas as hipóteses na lei. A terceira hipótese não é a regra geral, mas pode ser encontrada em alguns atos praticados no exercício de poder

²⁸⁵ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 307.

²⁸⁶ PIRES, Luis Manuel Fonseca. A auto-executoriedade do ato administrativo: condições de existência, requisitos de validade e outros aspectos. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 47-69, jul./dez. 2006. p. 52.

²⁸⁷ Nesse sentido: ATO ADMINISTRATIVO – Autoexecutoriedade – Inadmissibilidade – Exercício do poder de polícia – Irrelevância – Autorização nos casos expressamente previstos em lei ou quando existir urgência – Necessária previsão de prejuízo iminente – Princípio da proporcionalidade dos meios aos fins. Ementa Oficial: Os atos dotados de autoexecutoriedade, ainda quando realizados no exercício do seu poder de polícia, só estão autorizados nos casos expressamente previstos em lei ou quando existir urgência na atuação da administração ante a previsão de prejuízo iminente ao interesse público, observando sempre o princípio da proporcionalidade dos meios aos fins. (Ap. 000.254.263-7/00 – 4ª. Câm. Cív. – j. 16.05.2002 – rel. Carreira Machado. TJMG) – in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 807, jan. 2003. p. 374.

²⁸⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p.127.

vinculado. Assim, a regra geral do direito administrativo é a segunda hipótese, pois permite à Administração justificar cada um de seus atos ou medidas em uma previsão legal, associada à primeira, pois a Administração deve respeitar todas as normas do ordenamento.

Questiona-se, também, se a previsão legal gera uma obrigação, um dever, para a Administração ou se a previsão legal é apenas uma faculdade para a sua atuação. Tal questionamento, mais uma vez, recai sobre a análise da discricionariedade ou vinculação da norma.

É preciso recordar que as normas discricionárias assim se apresentam de forma a permitir uma complementação pela Administração Pública, de modo que o interesse público seja analisado em cada caso concreto e, diante da realidade apresentada, a Administração complete o mandamento de forma a melhor atingir o interesse público perseguido pela norma. Assim, conveniência e oportunidade serão elementos a serem considerados pela Administração.

As normas, que se apresentam de forma vinculada, ao contrário, contêm todos os elementos para que, diante da situação fática, só caiba à Administração Pública apenas um comportamento: o de constatar o preenchimento daqueles elementos normativos e aplicar a norma.

Diz-se por isso que, em relação às normas discricionárias, existe uma flexibilização quanto à conveniência e oportunidade da medida prevista na norma, enquanto que, diante de norma vinculada, essa margem não existe.

Dá exata dimensão do princípio da legalidade para a Administração Pública a decisão do Superior Tribunal de Justiça que, em voto relatado pela Ministra Laurita Vaz, em agravo regimental na Medida Cautelar nº4.193-SP (2001/0116624-0), datado de 23 de outubro de 2001, sendo agravante o Município de São Paulo e agravado o Ministério Público do Estado de São Paulo, determinou que as ordens de fechamento expedidas pela Prefeitura, e reiteradamente descumpridas, devem ser efetivadas em face do princípio da legalidade e da autoexecutoriedade dos atos administrativos:

O ato da administração uma vez publicado deve alcançar a sua finalidade jurídica, inexistindo, portanto, a discricionariedade do Poder Executivo local em implementar suas ordens em face da própria natureza auto-executória de seus atos. Ressalte-se que o agente público está adstrito ao princípio da legalidade, não podendo dele se afastar por razões de conveniência subjetiva da administração.

Outro ponto de relevo quanto à legalidade reside no questionamento da necessidade de haver uma norma específica para cada limitação de direito ou se o poder geral e abstrato da

Administração pode impor medidas restritivas de direitos ou sancionatórias por atos infralegais.

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramon Fernandez negam a existência de um poder abstrato e geral que possibilite à Administração limitar direitos; entendem que em todas as limitações deve haver um respaldo normativo.

No capítulo 3.3, firmamos posição no sentido de que o poder de polícia é expresso dentro da sujeição geral; por isso, duas situações se destacam nessa análise: as de sujeição geral, onde se enquadram as limitações administrativas à liberdade e à propriedade, e as de sujeição especial, onde parte da doutrina defende a possibilidade de redução ou exclusão do princípio da legalidade em relação a medidas punitivas ou sancionatórias e que não se confundem com os atos expedidos no exercício do poder de polícia.²⁸⁹

Celso Antônio Bandeira de Mello reconhece que, nas relações de sujeição especial (ou seja, naquelas em que existe um vínculo específico entre o administrado e a Administração, seja em razão da prestação de um serviço público – biblioteca, hospital, escola, etc. -, seja em razão de aquele ser servidor público), 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. Exigência dessa ordem simplesmente estaria a pretender do Legislativo uma tarefa inviável, qual seja, a de produzir uma miríade de regras, ademais extremamente particularizadas, dependentes de situações peculiares, e muitas vezes cambiantes, cuja falta, insuficiência ou inadaptação literalmente paralisariam as atividades públicas ou instaurariam o caos.²⁹⁰

Heraldo Garcia Vitta,²⁹¹ no mesmo sentido, entende que, em alguns casos de sujeição especial, é possível uma mitigação do princípio da legalidade para possibilitar que a Administração prescreva sanções administrativas por atos infralegais. Exemplifica, citando os casos de prestação de serviço público (bibliotecas e hospitais públicos), presos, associados de entidades corporativas, servidores públicos e contratos administrativos.

Celso Antônio Bandeira de Mello leciona, todavia, que existem alguns condicionantes positivos e negativos para essas hipóteses.

Para ele, são condicionantes positivos: a) “encontrar seu fundamento último em lei que, explícita ou implicitamente, confira aos estabelecimentos e órgãos públicos em questão

²⁸⁹ Abordamos a diferenciação de sujeição especial e sujeição especial no item 3.3. deste trabalho – páginas 50/51.

²⁹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 819/820.

²⁹¹ VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 77-84.

atribuições para expedir ditos regramentos, os quais consistirão em especificações daqueles comandos”²⁹²; b) ter como fundamento imediato as próprias relações de sujeição especial; c) ter disposições ao estritamente necessário ao cumprimento de suas finalidades; d) atendimento aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade; e) ter por objeto apenas o relacionado à causa da sujeição especial. E, condicionantes negativas: a) não “contrariar ou restringir direitos, deveres ou obrigações decorrentes de norma (princípio ou regra) de nível constitucional ou legal, nem prevalecer contra a superveniência destes;”²⁹³ b) não ultrapassar as relações mantidas pela sujeição especial de forma a repercutir em relação fora dessa sujeição; c) não exceder em nada que não o estritamente necessário para o cumprimento dos fins da relação de sujeição especial; d) “não podem produzir, por si mesmas, conseqüências que restrinjam ou elidam interesses de terceiros, ou os coloquem em situação de dever pois, de tal supremacia, só resultam relações circunscritas à intimidade do vínculo entretido entre a Administração e quem nele se encontre internado.”²⁹⁴ São ressalvadas as conseqüências lógicas irrefragáveis, como, por exemplo, a norma que proibisse os internados em um hospital de receberem visitas a partir de determinado horário, a qual repercutiria em terceiros visitantes.

Enfim, os atos administrativos sancionatórios podem ser de efeitos internos ou externos. Internamente, caberá à Administração punir os seus servidores em decorrência da sujeição especial imposta pelo regime estatutário e fundamentada no poder disciplinar e hierárquico. Externamente, caberá à Administração a aplicação de sanção pelo descumprimento das normas administrativas. Em ambos os casos, deverá ser respeitado o regular processo administrativo, inclusive com ampla defesa e contraditório.

Hely Lopes Meirelles enfatiza, ainda, que

salvo as sanções previstas em contrato, não cabe ato punitivo sem lei que preveja a sanção (STJ, Lex 21/413). Na área federal, a Lei 9.784/99 diz que, em relação ao particular (atuação externa), as sanções “terão natureza pecuniária ou consistirão em obrigação de fazer ou de não fazer” (art. 68).”²⁹⁵

Vale observar, ainda, posição de Lúcia Valle Figueiredo,²⁹⁶ no sentido de que é possível à Administração limitar direitos, apenas por ato administrativo, sem lei imediata, quando diante de estado de sítio e do estado de defesa.

²⁹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 820.

²⁹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 820.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 821.

²⁹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atualizadores: Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 198.

²⁹⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 307.

No estado de defesa, conforme o art. 136, § 1º, I, da Constituição Federal, há possibilidade de restrições aos direitos de reunião, sigilo de correspondência, sigilo de comunicações telegráficas e telefônicas. No estado de sítio, segundo o art. 139, III, IV e V, da Constituição, além dessas, decorrem restrições à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão e restrições à inviolabilidade de domicílio.

Porém, é preciso observar que não se trata de medidas praticadas sem a observância da ordem jurídica, isso porque é a Constituição Federal quem regulamenta as hipóteses para situações de crises e não excepciona os demais direitos fundamentais, que, por isso, devem ser respeitados.

Importante destacar, ainda, que a Constituição Federal usa o vocábulo ‘restrições’, e não abolição, e prevê a formação de Comissão de parlamentares para acompanhar e fiscalizar a execução das medidas (art. 140); prevê, ainda, a responsabilização dos executores e agentes pelos ilícitos cometidos (art. 141).

Retomando o poder de polícia, praticado em regime de sujeição geral, cumpre destacar que o Superior Tribunal de Justiça já deixou assentado que a legalidade, que rege os atos de polícia, é aquela expressa no sentido formal e material, já que manifestada dentro do regime de sujeição geral. Assim, não basta que o ato esteja fundamentado em decreto, portaria ou outra modalidade de norma.²⁹⁷

Maria Sylvia Zanella Di Pietro,²⁹⁸ ao verificar a competência normativa atribuída à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), por meio do artigo 7º, da Lei nº9.782/99,²⁹⁹ conclui que essa Agência “tem que se limitar a estabelecer normas dirigidas aos próprios órgãos que a compõem”, não podendo a ANVISA ou qualquer outro órgão administrativo, sob o pretexto de exercer competência normativa, impor obrigações não

²⁹⁷ A Min. Eliana Calmon enfatizou que não se discute ter o CONCINE poder de polícia na esfera das atividades cinematográficas, incluindo-se na expressão as fitas de videocassete. “Contudo, não prevendo a Lei nº6.281/75 a possibilidade de apreensão de fitas de videocassete, não poderia prever tal sanção o Decreto nº 93.881/86, nem muito menos a Resolução nº136/86 do CONCINE, este o embasamento legal do ato atacado nesta demanda.” – Ementa oficial: “ADMINISTRATIVO – APREENSÃO DE FITAS DE VIDEOCASSETE PELO CONCINE – ILEGALIDADE DA RESOLUÇÃO 136/87. 1. A apreensão de fitas de videocassete constitui-se sanção administrativa, cuja imposição deve obedecer ao princípio da legalidade estrita, preceito este que demanda a existência de lei em sentido formal e material, conforme entendimento do STF (ADIN 1.823-1/86). 2. A apreensão realizada pelo CONCINE de fitas sem o selo de controle é procedimento constante de mero Decreto, diploma que não atende à exigência do princípio da legalidade estrita. 3. Embargos de divergência conhecidos e improvidos. (STJ, Embargos de divergência em REsp. nº441.573-SP (2006/0042342-6), j. 23.08.2006, rel. Min. Eliana Calmon).”

²⁹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Abrangência e limites da atividade de ordenação da administração pública em matéria de saúde pública*. p. 89. Disponível em: <http://www.funasa.gov.br/epi/dengue/pdfs/pncd_legislacao.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2003.

²⁹⁹ Entre outras, para “estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária” (inciso III) e “estabelecer normas e padrões sobre limites de contaminantes, resíduos tóxicos, desinfetantes, metais pesados e outros que envolvam risco à saúde” (inciso IV),

previstas em lei, nem instituir novas limitações aos direitos individuais, nem criar penalidades sem previsão legal. A sua competência se exerce com observância do princípio da legalidade, sob pena de serem inválidas as suas normas.

Em outro exemplo, o Prefeito do Município de São Paulo, Gilberto Kassab, limitou a área de circulação de ônibus fretados na região central do Município. Todavia, tal restrição não ocorreu por meio de lei específica, tal como exige a Lei Municipal nº14.933/09,³⁰⁰ mas por meio da Portaria n.º 058/09-SMT.GAB, de 27/07/2009.

Tal fato foi levado ao Poder Judiciário, pois muitos cidadãos que utilizam esse meio de transporte se sentem prejudicados por sofrerem uma restrição indevida em seu direito de liberdade, locomoção e trabalho. Argumentam que a medida é desarrazoada, uma vez que um ônibus fretado evita a circulação de vinte e cinco a trinta carros, que seriam utilizados pelos seus transportados.

Entendemos que o ato padece de vício formal, uma vez que a limitação não poderia ser feita através de “portaria”, mas somente por meio de lei e, no caso, por exigência da lei que a previu, somente por “lei específica”. Todavia, o Poder Judiciário não concedeu medida liminar e a portaria continua em vigor.

Diferente é a proibição, em ambientes de uso coletivo, públicos ou privados, do consumo de cigarros, cigarrilhas, charutos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, amparada na Lei estadual nº 13.541, de 7 de maio de 2009.

O controle, nesse caso, não poderá recair no aspecto formal da limitação, mas no seu conteúdo, ou seja, se a medida atende ao interesse público dentro de balizas de razoabilidade e proporcionalidade.

Por fim, cabe destacar que a lei não pode atribuir à Administração Pública a prática de toda e qualquer atividade. Alguns direitos fundamentais estão consagrados na Constituição Federal, de forma que sua limitação só pode ocorrer por medida jurisdicional. São as hipóteses conhecidas por “cláusulas de reserva de jurisdição”.

Desse modo, a decretação de prisão, salvo os casos de flagrante delito, as determinações de busca e apreensão domiciliar e a interceptação telefônica não podem, em nenhuma hipótese, ser realizadas no exercício auto-executável do poder de polícia.

³⁰⁰ Lei Municipal (de São Paulo) n. 14.933, de 5.06.2009, que institui a política de mudanças do clima no município de São Paulo, no artigo 47, expressamente, reza: “*O Poder Público Municipal estabelecerá, por lei específica, no prazo de 60 dias, as regras gerais de circulação, parada e estacionamento de ônibus fretados, bem como a definição de bolsões de estacionamento para este modal. Parágrafo único. O Poder Executivo implementará as medidas de sua competência até a edição da lei específica de que trata o "caput" deste artigo.*”

O Supremo Tribunal Federal, no julgado que vetou a realização dessas atividades por Comissão Parlamentar de Inquérito, deixa claro que tais atos dependem, sempre, de uma primeira manifestação do Poder Judiciário.³⁰¹

³⁰¹ MS 23452 / RJ - RIO DE JANEIRO - MANDADO DE SEGURANÇA - Relator(a): Min. CELSO DE MELLO - Julgamento: 16/09/1999 Órgão Julgador: Tribunal Pleno – Publicação DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086 Parte(s) IMPTE. : LUIZ CARLOS BARRETTI JUNIOR - ADVDOS. : MANOEL MESSIAS PEIXINHO E OUTROS - IMPDO. : PRESIDENTE DA COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. EMENTA: COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - PODERES DE INVESTIGAÇÃO (CF, ART. 58, §3º) - LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS - LEGITIMIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL - POSSIBILIDADE DE A CPI ORDENAR, POR AUTORIDADE PRÓPRIA, A QUEBRA DOS SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL E TELEFÔNICO - NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DO ATO DELIBERATIVO - DELIBERAÇÃO DA CPI QUE, SEM FUNDAMENTAÇÃO, ORDENOU MEDIDAS DE RESTRIÇÃO A DIREITOS - MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO – COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - Compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, em sede originária, mandados de segurança e habeas corpus impetrados contra Comissões Parlamentares de Inquérito constituídas no âmbito do Congresso Nacional ou no de qualquer de suas Casas. É que a Comissão Parlamentar de Inquérito, enquanto projeção orgânica do Poder Legislativo da União, nada mais é senão a longa manus do próprio Congresso Nacional ou das Casas que o compõem, sujeitando-se, em consequência, em tema de mandado de segurança ou de habeas corpus, ao controle jurisdicional originário do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, "d" e "i"). Precedentes. O CONTROLE JURISDICIONAL DE ABUSOS PRATICADOS POR COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO NÃO OFENDE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. - A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal. - O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes. Desse modo, não se revela lícito afirmar, na hipótese de desvios jurídico-constitucionais nas quais incida uma Comissão Parlamentar de Inquérito, que o exercício da atividade de controle jurisdicional possa traduzir situação de ilegítima interferência na esfera de outro Poder da República. O CONTROLE DO PODER CONSTITUI UMA EXIGÊNCIA DE ORDEM POLÍTICO-JURÍDICA ESSENCIAL AO REGIME DEMOCRÁTICO. - O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional. Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribuiu-se, ao Poder Judiciário, a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, inclusive aqueles praticados por Comissão Parlamentar de Inquérito, quando incidir em abuso de poder ou em desvios inconstitucionais, no desempenho de sua competência investigatória. OS PODERES DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO, EMBORA AMPLOS, NÃO SÃO ILIMITADOS E NEM ABSOLUTOS. - Nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição. No regime político que consagra o Estado democrático de direito, os atos emanados de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, quando praticados com desrespeito à Lei Fundamental, submetem-se ao controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV). As Comissões Parlamentares de Inquérito não têm mais poderes do que aqueles que lhes são outorgados pela Constituição e pelas leis da República. É essencial reconhecer que os poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito - precisamente porque não são absolutos - sofrem as restrições impostas pela Constituição da República e encontram limite nos direitos fundamentais do cidadão, que só podem ser afetados nas hipóteses e na forma que a Carta Política estabelecer. Doutrina. Precedentes. LIMITAÇÕES AOS PODERES INVESTIGATÓRIOS DA COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. - A Constituição da República, ao outorgar às Comissões Parlamentares de Inquérito "poderes de investigação próprios das autoridades judiciais" (art. 58, § 3º), claramente delimitou a natureza de suas atribuições institucionais,

restringindo-as, unicamente, ao campo da indagação probatória, com absoluta exclusão de quaisquer outras prerrogativas que se incluem, ordinariamente, na esfera de competência dos magistrados e Tribunais, inclusive aquelas que decorrem do poder geral de cautela conferido aos juízes, como o poder de decretar a indisponibilidade dos bens pertencentes a pessoas sujeitas à investigação parlamentar. A circunstância de os poderes investigatórios de uma CPI serem essencialmente limitados levou a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal a advertir que as Comissões Parlamentares de Inquérito não podem formular acusações e nem punir delitos (RDA 199/205, Rel. Min. PAULO BROSSARD), nem desrespeitar o privilégio contra a auto-incriminação que assiste a qualquer indiciado ou testemunha (RDA 196/197, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 79.244-DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE), nem decretar a prisão de qualquer pessoa, exceto nas hipóteses de flagrância (RDA 196/195, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RDA 199/205, Rel. Min. PAULO BROSSARD). OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. A QUEBRA DO SIGILO CONSTITUI PODER INERENTE À COMPETÊNCIA INVESTIGATÓRIA DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO. - O sigilo bancário, o sigilo fiscal e o sigilo telefônico (sigilo este que incide sobre os dados/registros telefônicos e que não se identifica com a inviolabilidade das comunicações telefônicas) - ainda que representem projeções específicas do direito à intimidade, fundado no art. 5º, X, da Carta Política - não se revelam oponíveis, em nosso sistema jurídico, às Comissões Parlamentares de Inquérito, eis que o ato que lhes decreta a quebra traduz natural derivação dos poderes de investigação que foram conferidos, pela própria Constituição da República, aos órgãos de investigação parlamentar. As Comissões Parlamentares de Inquérito, no entanto, para decretarem, legitimamente, por autoridade própria, a quebra do sigilo bancário, do sigilo fiscal e/ou do sigilo telefônico, relativamente a pessoas por elas investigadas, devem demonstrar, a partir de meros indícios, a existência concreta de causa provável que legitime a medida excepcional (ruptura da esfera de intimidade de quem se acha sob investigação), justificando a necessidade de sua efetivação no procedimento de ampla investigação dos fatos determinados que deram causa à instauração do inquérito parlamentar, sem prejuízo de ulterior controle jurisdicional dos atos em referência (CF, art. 5º, XXXV). - As deliberações de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, à semelhança do que também ocorre com as decisões judiciais (RTJ 140/514), quando destituídas de motivação, mostram-se írritas e despojadas de eficácia jurídica, pois nenhuma medida restritiva de direitos pode ser adotada pelo Poder Público, sem que o ato que a decreta seja adequadamente fundamentado pela autoridade estatal. - O caráter privilegiado das relações Advogado-cliente: a questão do sigilo profissional do Advogado, enquanto depositário de informações confidenciais resultantes de suas relações com o cliente. MOTIVAÇÃO PER RELATIONEM CONSTANTE DA DELIBERAÇÃO EMANADA DA COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. Tratando-se de motivação per relationem, impõe-se à Comissão Parlamentar de Inquérito - quando esta faz remissão a elementos de fundamentação existentes aliunde ou constantes de outra peça - demonstrar a efetiva existência do documento consubstanciador da exposição das razões de fato e de direito que justificariam o ato decisório praticado, em ordem a propiciar, não apenas o conhecimento do que se contém no relato expositivo, mas, sobretudo, para viabilizar o controle jurisdicional da decisão adotada pela CPI. É que tais fundamentos - considerada a remissão a eles feita - passam a incorporar-se ao próprio ato decisório ou deliberativo que a eles se reportou. Não se revela viável indicar, a posteriori, já no âmbito do processo de mandado de segurança, as razões que deveriam ter sido expostas por ocasião da deliberação tomada pela Comissão Parlamentar de Inquérito, pois a existência contemporânea da motivação - e não a sua justificação tardia - constitui pressuposto de legitimação da própria resolução adotada pelo órgão de investigação legislativa, especialmente quando esse ato deliberativo implicar ruptura da cláusula de reserva pertinente a dados sigilosos. A QUESTÃO DA DIVULGAÇÃO DOS DADOS RESERVADOS E O DEVER DE PRESERVAÇÃO DOS REGISTROS SIGILOSOS. - A Comissão Parlamentar de Inquérito, embora disponha, ex propria auctoritate, de competência para ter acesso a dados reservados, não pode, agindo arbitrariamente, conferir indevida publicidade a registros sobre os quais incide a cláusula de reserva derivada do sigilo bancário, do sigilo fiscal e do sigilo telefônico. Com a transmissão das informações pertinentes aos dados reservados, transmite-se à Comissão Parlamentar de Inquérito - enquanto depositária desses elementos informativos -, a nota de confidencialidade relativa aos registros sigilosos. Constitui conduta altamente censurável - com todas as consequências jurídicas (inclusive aquelas de ordem penal) que dela possam resultar

No mesmo sentido, a jurisprudência dos tribunais estaduais³⁰² reconhece a inviolabilidade domiciliar, sendo certo que as hipóteses de sua violação estão afetas à reserva de jurisdição.

A fiscalização tributária e a apreensão de livros contábeis, da mesma forma, estão inseridas na cláusula de reserva de jurisdição. Desse modo, a ausência de mandado judicial impossibilita a sua legítima realização.

O Supremo Tribunal Federal, em voto do Ministro Celso de Mello, decidiu:

FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – APREENSÃO DE LIVROS
CONTÁBEIS E DOCUMENTOS FISCAIS REALIZADA, EM
ESCRITÓRIO DE CONTABILIDADE, POR AGENTES FAZENDÁRIOS
E POLICIAIS FEDERAIS, SEM MANDADO JUDICIAL –
INADMISSIBILIDADE – ESPAÇO PRIVADO, NÃO ABERTO AO

- a transgressão, por qualquer membro de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, do dever jurídico de respeitar e de preservar o sigilo concernente aos dados a ela transmitidos. Havendo justa causa - e achando-se configurada a necessidade de revelar os dados sigilosos, seja no relatório final dos trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito (como razão justificadora da adoção de medidas a serem implementadas pelo Poder Público), seja para efeito das comunicações destinadas ao Ministério Público ou a outros órgãos do Poder Público, para os fins a que se refere o art. 58, § 3º, da Constituição, seja, ainda, por razões imperiosas ditadas pelo interesse social - a divulgação do segredo, precisamente porque legitimada pelos fins que a motivaram, não configurará situação de ilicitude, muito embora traduza providência revestida de absoluto grau de excepcionalidade. POSTULADO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE JURISDIÇÃO: UM TEMA AINDA PENDENTE DE DEFINIÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de "poderes de investigação próprios das autoridades judiciais". A cláusula constitucional da reserva de jurisdição - que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) - traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado. Doutrina. - O princípio constitucional da reserva de jurisdição, embora reconhecido por cinco (5) Juizes do Supremo Tribunal Federal - Min. CELSO DE MELLO (Relator), Min. MARCO AURÉLIO, Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Min. NÉRI DA SILVEIRA e Min. CARLOS VELLOSO (Presidente) - não foi objeto de consideração por parte dos demais eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal, que entenderam suficiente, para efeito de concessão do writ mandamental, a falta de motivação do ato impugnado.

³⁰² Nesse sentido: 1) “AÇÃO ORDINÁRIA. INTERESSE PROCESSUAL. ATO ADMINISTRATIVO. INVIOABILIDADE DOMICILIAR. CLÁUSULA DE RESERVA JURISDICCIONAL. A CASA. Há interesse processual de a Administração Pública vir a juízo objetivando efetivar ato inerente ao Poder de Polícia quando este, por implicar violação domiciliar, sujeita à cláusula de reserva jurisdiccional, é desprovido de autoexecutoriedade. Recurso conhecido e provido. Sentença anulada. (TJMG. 3ª Câmara Cível. Apelação Cível nº1.0775.06.006137-8/001. Apelante: Município Ibiai. Apelado: Antônio do Socorro Pinheiro, Vanildo Alves dos Santos e outros. Relator Des. Albergaria Costa. j. 26.10.2006)”. 2) “AÇÃO CAUTELAR – Interesse de agir – Indeferimento da inicial – Extinção do processo sem apreciação do mérito – Inadmissibilidade. Violação de domicílio por decisão administrativa. Impossibilidade – A essencialidade da ordem judicial para efeito da realização das medidas de busca e apreensão domiciliar nada mais representa, dentro do novo contexto normativo emergente da Constituição Federal de 1988, senão a plena concretização da garantia constitucional pertinente à inviolabilidade do domicílio – Autoexecutoriedade administrativa – Impossibilidade – recurso provido. (TJSP. 8ª Câmara Dir. Público. Apelação Cível nº221.745-5/0. Apelante: Prefeitura Municipal de Bragança Paulista. Apelada: Marli Aparecida Rodrigues Costa. Relator Des. Celso Bonilha. j. 24.08.2005).”

PÚBLICO, SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI) – SUBSUNÇÃO AO CONCEITO NORMATIVO DE “CASA” – NECESSIDADE DE ORDEM JUDICIAL – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – DEVER DE OBSERVÂNCIA, POR PARTE DE SEUS ÓRGÃOS E AGENTES, DOS LIMITES JURÍDICOS IMPOSTOS PELA CONSTITUIÇÃO E PELAS LEIS DA REPÚBLICA – IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR – PROVA ILÍCITA – INIDONEIDADE JURÍDICA – “HABEAS CORPUS” DEFERIDO. (STF, HC 82788 RJ. Partes: Luiz Felipe da Conceição Rodrigues, Gustavo Eid Bianchi Prates, STJ. Julgamento: 11/4/2005. 2ª Turma. Publicação: DJ 02/06/2006)

Verificamos, assim, que o princípio da legalidade não pode ser interpretado de modo a lhe ser conferida pequena importância, pois, em um Estado de Direito, a proteção da liberdade e dos direitos individuais dos administrados está profundamente conectada à grandeza de sua compreensão. Isto porque a liberdade individual é um fator anterior ao próprio Estado e, portanto, seu poder deve estar limitado e dividido em um “sistema de competências bem definidas”³⁰³.

Concluimos, portanto, que o princípio da legalidade deve representar obediência ao sistema legal, como ordenamento jurídico, ou seja, um conjunto de regras e princípios, que, de forma harmônica, confere direitos e atribui obrigações, tudo para o bom convívio social.

6.1.2 Princípio da razoabilidade

O termo razoabilidade deriva do latim *ratio*, que significa “razão”. Nesse sentido, é muito próximo do significado da expressão proporcionalidade, que deriva do latim *proportio*, que significa equilíbrio.

A razoabilidade pode ser considerada como um daqueles princípios que possui conceito jurídico indeterminado, ou seja, variável no tempo e no espaço.

Mas isso não quer dizer que o conceito seja vago, uma vez que, conforme entendimento exposto por Weida Zancaner, os conceitos jurídicos indeterminados são mecanismos utilizados “pelo legislador para se referir a determinadas realidades que não

³⁰³ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 43.

admitem um tipo de determinação mais precisa”,³⁰⁴ mas que podem ser determinados quando de sua aplicação.

Nesse sentido é que a autora, citando García de Enterría, explica que os conceitos jurídicos indeterminados se diferenciam da discricionariedade, na medida em que esta “se caracteriza pela liberdade, outorgada pela lei ao agente, de eleição entre alternativas igualmente justas, visto que sua decisão fundamenta-se em critérios extra-jurídicos”³⁰⁵, enquanto que aqueles se esgotam no decorrer do processo intelectual, “por ser interpretação da lei, que leva, obrigatoriamente, a uma única solução justa para cada caso concreto.”³⁰⁶

Desse modo, o controle jurisdicional será possível apenas para os casos de conceitos jurídicos indeterminados, para o fim de constatar se o agente público chegou à única solução possível e desejada pela lei, enquanto que, em sede de discricionariedade, o controle judicial não será possível, pois o ato, se expedido dentro das medidas legais, será justo, da mesma forma que se adotada qualquer uma das outras opções.

A razoabilidade deve ser compreendida como exigência da atuação discricionária racional, no sentido de equilibrada, sensata e compatível com o bem jurídico tutelado.

É por isso, também, que Weida Zancaner enfatiza:

A averiguação, pelo julgador, da razoabilidade ou não do ato editado pelo administrador não implica invasão do mérito do ato administrativo e nem na substituição do juízo de oportunidade ao administrador conferido, mas apenas envolve exame da legalidade do ato, pois um ato desarrazoado é um ato ilegal.³⁰⁷

No mesmo sentido, Egle S. Monteiro da Silveira assevera que o princípio da razoabilidade “evidencia que a margem de liberdade inerente à competência discricionária não é irrestrita, mas encontra limite na necessária adequação existente entre a medida descrita pela lei e o motivo do ato e sua finalidade”.³⁰⁸

Luís Roberto Barroso³⁰⁹ ensina que o princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão.

³⁰⁴ ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade na Constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n.2. p. 205-210, 1993. p. 206.

³⁰⁵ Ibidem, p. 207.

³⁰⁶ Ibidem, p. 207.

³⁰⁷ Ibidem, 210.

³⁰⁸ SILVEIRA, Egle dos Santos Monteiro da. A discricionariedade e os princípios da razoabilidade e da motivação. *Princípios informadores do direito administrativo*. São Paulo: NDJ, 1997. p. 117-160. p. 142.

³⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. p. 1. Disponível em: <<http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628007.htm>>. Acesso em: 30 abr. 2009. Segundo o autor, o princípio do devido processo legal (*due process of law*), nos Estados Unidos, é marcado por duas grandes fases, que não se excluem, mas, ao contrário, convivem até hoje: “A primeira, onde se revestiu de

Luís Virgílio Afonso da Silva,³¹⁰ diferentemente, defende ser errado colocar proporcionalidade e razoabilidade como sinônimas; inclusive, aponta estar equivocada a origem histórica apontada por Barroso e outros doutrinadores, uma vez que, para ele, a origem da razoabilidade está no princípio da “irrazoabilidade”, inserido em decisão judicial de 1948.

O princípio da razoabilidade, segundo Lúcia Valle Figueiredo, traduz-se na “relação de congruência lógica entre o fato (o motivo) e atuação concreta da Administração”,³¹¹ de forma a atrelá-la às necessidades da coletividade, à legitimidade, à economicidade, à eficiência.

No mesmo sentido, Weida Zancaner leciona:

um ato não é razoável quando não existirem os fatos em que se embasou; quando os fatos, embora existentes, não guardam relação lógica com a medida tomada; quando mesmo existente alguma relação lógica, não há adequada proporção entre uns e outra; quando assentou em argumentos ou em premissas, explícitas ou implícitas, que não autorizam, do ponto de vista lógico, a conclusão deles extraída.³¹²

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao afirmar que a razoabilidade serve de baliza para a Administração atuar no exercício de discricção, esclarece:

se com a outorga de discricção administrativa pretende-se evitar a prévia adoção em lei de uma solução rígida, única – e por isso incapaz de servir adequadamente para satisfazer, em todos os casos, o interesse público estabelecido na regra aplicanda –, é porque através dela visa-se à obtenção da

caráter estritamente processual (*procedural due process*), e uma segunda, de cunho substantivo (*substantive due process*), que se tornou fundamento de um criativo exercício de jurisdição constitucional. De fato, ao lado do princípio da igualdade perante a lei, esta versão substantiva do devido processo legal tornou-se importante instrumento de defesa dos direitos individuais, ensejando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental. É por seu intermédio que se procede ao exame de razoabilidade (*reasonableness*) e da racionalidade (*rationality*) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral. Ainda segundo Barroso, o desenvolvimento e a afirmação do *substantive due process* marcam um impulso de ascensão do Judiciário, pois através desse fundamento redefine-se a noção de discricionariedade e torna-se possível o exame de mérito dos atos do Poder Público. Em que pese traduzir-se na idéia de justiça, de razoabilidade, expressando o sentimento comum de uma dada época, não se trata de cláusula de fácil apreensão conceitual. Barroso cita Justice Harlan, da Suprema Corte norte-americana, no voto proferido em *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), para ressaltar que o “Devido processo” não foi ainda reduzido a nenhuma fórmula: seu conteúdo não pode ser determinado pela referência a qualquer código. O melhor que pode ser dito é que através do curso das decisões desta Corte ele representou o equilíbrio que nossa Nação, construída sobre postulados de respeito pela liberdade do indivíduo, oscilou entre esta liberdade e as demandas da sociedade organizada. Ensina que será a cláusula do devido processo legal substantivo que permitirá a verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins, assim, “somente presentes estas condições se poderá admitir a limitação a algum direito individual. Aliás, tais direitos não se limitam aos que se encontram expressamente previstos no texto, mas também incluem outros, fundados nos princípios gerais de justiça e liberdade.”

³¹⁰ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 29

³¹¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 50.

³¹² ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade na Constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n.2. p. 205-210, 1993. p.209.

medida ideal, ou seja, da medida que, em cada situação, atenda de modo perfeito à finalidade da lei.³¹³

Sintetizando as diversas opiniões, Maria Sylvia Zanella Di Pietro observa:

Pelo tratamento dado à matéria, verifica-se que alguns autores, mais influenciados pela doutrina norte-americana, ligam o princípio da razoabilidade ao do devido processo legal e ao da isonomia; é o caso, como se verá, de San Tiago Dantas, Ada Pellegrini Grinover, Carlos Roberto de Siqueira Castro. Outros seguem mais a linha do Direito francês, espanhol e argentino e identificam a razoabilidade com o princípio da proporcionalidade entre os meios e fins; é o caso de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Celso Antônio Bandeira de Mello e Lucia Valle Figueiredo. Ver-se-á que, embora a linha de raciocínio possa ser um pouco diversa, o resultado final é o mesmo, pois o que se quer é que haja compatibilidade, relação, proporção entre as medidas impostas pelo Legislativo ou Executivo e os fins objetivados, de forma implícita ou explícita, pela Constituição ou pela lei. Há que observar, contudo, que quando se associa a razoabilidade ao devido processo legal, o princípio se coloca mais como limite à discricionariedade na função legislativa, e quando se associa a razoabilidade com a proporcionalidade dos meios aos fins, o princípio se coloca mais como limite à discricionariedade administrativa.³¹⁴

Assim como fez Celso Antônio Bandeira de Mello³¹⁵, podemos fundamentar o princípio da razoabilidade nos mesmos preceitos que arrimam constitucionalmente os princípios da legalidade (artigo 5º, II, 37 e 84, IV) e da finalidade (e mais o artigo 5º, LXIX).

Devemos destacar, ainda, o conteúdo do inciso LXXVIII, do art. 5º (razoável duração do processo), inserido pela Emenda Constitucional n.45/2004, que tornou expresso o princípio da razoabilidade na Constituição Federal. Antes disso, porém, o princípio já era tratado de forma expressa pela Constituição do Estado de São Paulo, que, no artigo 111, o inclui entre os princípios a que se sujeita a Administração Pública, bem como o artigo 2º, da Lei nº9784/99, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

O princípio da razoabilidade é, portanto, um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para verificar se eles estão de acordo com o valor superior inerente a todo o ordenamento jurídico, a justiça.

Percebemos, assim, que a atuação do Estado se dá diante de circunstâncias concretas, buscando determinado fim a ser atingido pelo emprego de determinados meios. Por essa razão, alguns fatores limitarão a atuação estatal: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e

³¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 108.

³¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 139.

³¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 77-78.

os meios, que deverão guardar compatibilidade com os valores fundamentais daquela determinada organização estatal, tais como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade.

E, por isso, dizemos que a razoabilidade é, justamente, a adequação que deve existir entre todos esses elementos.

Luís Roberto Barroso³¹⁶ destaca que a razoabilidade deve ser aferida, em primeiro lugar, dentro da lei. A isso denomina de “razoabilidade interna”, que diz com a existência de uma “relação racional e proporcional” entre seus motivos, meios e fins. Exemplifica:

se diante de um surto inflacionário (motivo), o Poder Público congela o preço dos medicamentos vitais para certos doentes crônicos (meio) para assegurar que pessoas de baixa renda tenham acesso a eles (fim), há uma relação racional e razoável entre os elementos em questão e a norma, em princípio, se afigura válida. Ao revés, se diante do crescimento estatístico da AIDS (motivo), o Poder Público proíbe o consumo de bebidas alcoólicas durante o carnaval (meio), para impedir a contaminação de cidadãos nacionais (fim), a medida será irrazoável. Isto porque estará rompida a conexão entre os motivos, os meios e os fins, já que inexistente qualquer relação direta entre o consumo de álcool e a contaminação.

Havendo razoabilidade interna, passa-se a verificar a “razoabilidade externa”, isto é, sua adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo texto constitucional. Exemplifica:

Suponha-se que diante da impossibilidade de conter a degradação acelerada da qualidade da vida urbana (motivo), a autoridade municipal impedisse o ingresso nos limites da cidade de qualquer não residente que não fosse capaz de provar estar apenas em trânsito (meio), com o que reduziria significativamente a demanda por habitações e equipamentos urbanos (fim). Norma deste teor poderia até ser internamente razoável, mas não passaria no teste de razoabilidade diante da Constituição, por contrariar princípios como o federativo, o da igualdade entre brasileiros etc.

Na Alemanha, segundo Luis Roberto Barroso, além dessa adequação interna e externa, há como requisito da razoabilidade o elemento “exigível” da medida. Cita parte de decisão do Tribunal Constitucional Federal (da Alemanha) de 1971, que assim se posicionou:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado quando, com o seu auxílio, se pode promover o resultado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental.³¹⁷

³¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. p. 2-3. Disponível em: <<http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628007.htm>>. Acesso em: 30 abr. 2009.

³¹⁷ BVerfGE 30, 292 (316). V. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional*, 1989, p. 87. apud BARROSO, Luís Roberto. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. p. 2; 4. Disponível em: <<http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628007.htm>>. Acesso em: 30 abr. 2009.

Barroso diz tratar-se de elemento conhecido como “princípio da menor ingerência possível”,³¹⁸ pois com ele impõe-se que “os meios utilizados para o atingimento dos fins visados sejam os menos onerosos para o cidadão. É a chamada proibição do excesso”.

Outro requisito da doutrina alemã é identificado como “proporcionalidade em sentido estrito” e cuida de uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. Agustín Gordillo, citado por Barroso, salienta:

A decisão 'discricionária' do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é 'irrazoável', o que pode ocorrer, principalmente, quando: a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam ou; b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou se funde em fatos ou provas inexistentes; ou c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se quer alcançar.³¹⁹

O princípio da razoabilidade, portanto, é o que determina a coerência dentro do sistema jurídico, de forma que qualquer ato administrativo que não seja coerente com esse sistema padecerá de vício de legalidade, pois, em última análise, o direito foi criado por seres humanos racionais e, portanto, para ser aplicado segundo a lógica racional, em determinado espaço e época.

Verificando a proximidade e até a fungibilidade da razoabilidade pela proporcionalidade, passaremos, então, a analisar esse princípio, pois, apesar de dotados de características muito próximas, costumam ser tratados de forma autônoma pela doutrina brasileira.

6.1.3 Princípio da proporcionalidade

Como vimos, proporcionalidade e razoabilidade são conceitos muito próximos e, em certos casos, até fungíveis, uma vez que “razão” e “equilíbrio” são características siamesas. Inviável pensar em um delas sem que a outra se faça presente.

³¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. p. 2; 4 Disponível em: <<http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628007.htm>>. Acesso em: 30 abr. 2009.

³¹⁹ Princípios gerais de direito público. Tradução Marco Aurélio Greco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 183-184, apud BARROSO, Luís Roberto. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. p. 2; 4 Disponível em: <<http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628007.htm>>. Acesso em: 30 abr. 2009.

Para José Roberto Pimenta Oliveira, há fungibilidade entre o princípio da razoabilidade e o da proporcionalidade. Anota, como é frequente na doutrina, que:

É possível verificar que do mesmo modo em que o «direito administrativo» existente no âmbito da common law desenvolveu historicamente a noção jurídica do razoável, enquanto standard, na sindicabilidade judicial da discricção administrativa nos quadros do rule of law, os sistemas da família jurídica romano-germânica (civil law) encontraram na noção do proporcional equivalente instrumental axiológico para promover a contenção da arbitrariedade no exercício dos poderes administrativos no seio do Estado de Direito.³²⁰

Costuma-se decompor o princípio da proporcionalidade em três elementos a serem observados nos casos concretos: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Conforme expressões de Canotilho, a adequação "impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes"; o princípio da necessidade, ou da menor ingerência possível, coloca a tônica na ideia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível"; e o princípio da proporcionalidade em sentido restrito é

entendido como princípio da justa medida. Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de «medida» ou «desmedida» para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.³²¹

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, em rigor, “o princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade” e merece destaque próprio para ter “maior visibilidade da fisionomia específica de um vício que pode surgir e entremostrarse sob esta feição de desproporcionalidade do ato, salientando-se, destarte, a possibilidade de correção judicial arrimada neste fundamento”.³²²

O princípio da proporcionalidade deriva do princípio da legalidade, isto porque se é a lei que atribui competências, é também ela quem deixa claro o interesse público a ser perseguido pelo ato. Portanto, todo excesso desnecessário na busca daquele interesse configurará “uma superação do escopo normativo”.³²³ Portanto, sua matriz constitucional é a mesma, ou seja, o artigo 37, conjuntamente com os artigos 5º, II e 84, IV, sendo de se

³²⁰ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 192.

³²¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 269-270.

³²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.111.

³²³ *Ibidem*, p. 79

destacar o conteúdo do inciso XIII do art. 93, inserido pela Emenda 45/2004, que tornou expresso o princípio da proporcionalidade.

É do mesmo Celso Antônio Bandeira de Mello a lição:

Sobremodo quando a Administração restringe situação jurídica dos administrados além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérfluas, prescindendas, ressalta a ilegalidade de sua conduta. É que ninguém deve estar obrigado a suportar restrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público.³²⁴

Para verificar a validade de um ato, é preciso examinar o elemento “causa”, pois só quando houver uma adequação entre os meios e os fins é que se perceberá a razoabilidade e a proporcionalidade, sendo “vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”.³²⁵

Interessante caso, que chegou ao Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, ilustra a necessária adequação que deve haver entre proporcionalidade, razoabilidade e sacrifício de direitos e/ou restrições e sanções.

Em fevereiro de 1999, durante as festas carnavalescas, o Comando-Geral da Polícia do Estado de Mato Grosso determinou o fechamento da casa noturna (Analir S. Silva – ME, casa de shows e eventos artísticos) por vender bebidas alcoólicas a menores de idade. Todavia, ficou comprovado que a casa noturna tinha autorização para a entrada de adolescentes maiores de 14 (catorze) anos e a medida tomada pela autoridade baseava-se em meras suspeitas de que dois jovens de 16 (dezesesseis) anos teriam comprado bebidas alcoólicas no interior do estabelecimento.

O ato de polícia foi discutido em sede de mandado de segurança. Fundamentando sua posição, o relator da decisão bem colocou:

Ora, como a legalidade no Direito Administrativo implica em agir unicamente sob o mando da lei, a autoexecutoriedade do poder de polícia pressupõe o comando legal específico, o que, no caso, requeria a reincidência da impetrante na ocorrência registrada, consoante o artigo 258 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesse sentido, ainda que realmente constatada a venda ilegal de bebida alcoólica aos citados adolescentes, o que nem chegou a ser comprovado, tal fato autorizaria as autoridades de menores presentes, e não a Polícia Militar, autuar e multar o estabelecimento comercial apenas, jamais a finalização da festa e expulsão dos foliões [...]”.³²⁶

³²⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.110.

³²⁵ *Ibidem*, p.403.

³²⁶ TJMT. Reexame necessário de sentença nº9.722. Classe II – 27. Comarca Capital. 3ª Câmara Cível. Relator Dr. Antonio Horácio da Silva Neto Protocolo nº17193/2001. Julgamento: 19.02.2003.

Nesse caso, além da violação da legalidade, fica evidente a desproporção da medida tomada.

Nina Laporte Bonfim e Carolina Barros Fidalgo³²⁷ analisam a defesa de bens públicos indevidamente ocupados por particulares e verificam se, nesse caso, o Estado pode, no uso do seu poder de polícia, por seus próprios meios, proceder à demolição de construções irregulares ou que causem risco iminente à população, ou se é obrigado a recorrer previamente ao Judiciário para implementar a medida.

As autoras citam os entendimentos de Luiz Carlos Guimarães Castro, Guido Zanobini, José Cretella Junior e Hely Lopes Meirelles, no sentido de que a Administração pode promover a execução coativa na defesa dos bens públicos, sem necessidade da via judicial.

Hely Lopes Meirelles distingue, no tocante à demolição compulsória, as obras clandestinas das licenciadas e das obras em ruína.

Para a demolição de obra licenciada, firma posição de ser necessária a prévia desconstituição regular do alvará, por meio do devido processo legal, uma vez que a licença traz a presunção de legitimidade de seu objeto. Portanto, para anulação ou revogação daquela, se faz necessária a comprovação da justa causa para a eliminação da obra, uma vez que a licença é ato administrativo negocial e vinculado, portanto, gerador de direito individual e subjetivo à construção licenciada.

No caso de obras clandestinas, diferentemente, a demolição poderá ser efetivada mediante ordem sumária da prefeitura, pois, nesses casos, o particular incidiu em manifesto ilícito administrativo em razão de ter construído sem licença.

Fundamenta seu posicionamento no fato de que “a ausência de licença para construir faz presumir um dano potencial à Administração e à coletividade, consistente na privação do exame do projeto e na possibilidade de insegurança e inadequação da obra”.³²⁸

Observa, porém, que se as obras clandestinas estiverem de acordo com as normas urbanísticas e estruturais da construção, ou, ainda, se admitirem a necessária adaptação, a obra não deve ser demolida, mas regularizada perante a prefeitura, isso porque

a licença para construir não se confunde com a construção em si mesma: esta é um direito do proprietário; aquela é um instrumento preventivo de controle da edificação. Desde que a construção esteja em conformidade com

³²⁷ BOMFIM, Nina Laporte; FIDALGO, Carolina Barros. Releitura da autoexecutoriedade como prerrogativa da Administração Pública. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de ; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, 267-309. p.285.

³²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 171.

o Direito, a Administração não tem o poder de destruí-la pela simples ausência do controle prévio, já superado pela regularidade da obra.³²⁹

Por fim, em relação à obra em ruína, Hely Lopes Meirelles enfatiza não haver maiores discussões na doutrina ou na jurisprudência, já que se trata de uma construção urbana que põe em risco a coletividade ou seus moradores, sem que o proprietário tome as providências necessárias. Assim, a autoexecutoriedade do ato de polícia é medida autorizada pelo estado de necessidade, previsto no Código Civil, como preceito de ordem pública.

Relativizando o posicionamento doutrinário de Hely Lopes Meirelles, encontramos posicionamento jurisprudencial no sentido de que:

[...]O Poder Público deve, por todos os meios legais, impedir a edificação clandestina. Deve exigir a demolição do infrator que fraudar a lei e, como anota a sentença recorrida, nem necessita, em determinados casos, se socorrer da via judicial. Todavia, em se cuidando de favela, como está caracterizada a hipótese em exame, deve antes resolver o problema social do favelado para depois limpar a cidade, determinando a demolição.³³⁰

Com isso, mais uma vez fica bastante claro que a medida autoexecutória do poder de polícia está limitada pela proporcionalidade dos direitos envolvidos no caso concreto.

Em outro julgado, a posição é a mesma:

EMENTA: Os atos dotados de autoexecutoriedade, ainda quando realizados no exercício do seu poder de polícia, só estão autorizados nos casos expressamente previstos em lei ou quando existir urgência na atuação da administração ante a previsão de prejuízo iminente ao interesse público, observado sempre o princípio da proporcionalidade dos meios aos fins. (Apelação Cível nº000.254.263-7/00. Apelante: Município de Sabará. Apelado: TELEMAR Telecomunicações Minas Gerais S/A. TJMG, 4ª Câmara Cível. Rel. Des. Carreira Machado. j. 16.05.2002).

Em sua fundamentação, o Desembargador Relator deixou claro:

Os atos dotados de autoexecutoriedade, por intervirem violentamente no âmbito dos direitos individuais, são exceção, só estando autorizados nos casos expressamente previstos em lei ou quando houver a necessidade urgente de intervenção estatal para se evitar grave prejuízo para o interesse público. Observe-se que a urgência não autoriza a arbitrariedade ou o excesso.

Aliás, o exercício da atividade de polícia deve se pautar pelo princípio da proporcionalidade, buscando o equilíbrio entre os meios e os fins utilizados pela administração. Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella di Pietro leciona sobre os limites do poder de polícia: “tem aqui aplicação um princípio de direito administrativo, a saber, o da proporcionalidade dos meios aos fins;

³²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 171.

³³⁰ Demolitória – Favela – Problema de ordem social – Ação inadequada – Apelação provida. Cuidando-se de favela, o Poder Público deve resolver antes o problema social do favelado, através de programa de assistência social, para depois limpar a cidade, determinando a demolição de barracos. (Ap. 53.838-1 – 4ª C. – j. 17.10.85 – rel. Des. Alves Braga. RT 604/32).

isto equivale a dizer que o poder de polícia não deve ir além do necessário para a satisfação do interesse público que visa proteger; a sua finalidade não é destruir os direitos individuais, mas, ao contrário, assegurar o seu exercício, condicionando-o ao bem-estar social; só poderá reduzi-lo quando em conflito com interesses maiores da coletividade e na medida estritamente necessária à consecução dos fins estatais” (Direito Administrativo, 12 ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 115).

O Município de Sabará ultrapassou os limites do poder de polícia quando entrou no terreno da concessionária e demoliu a construção que ali se realizava. Conforme foi dito, a autoexecutoriedade dos atos materiais de polícia só possuem sustentação quando amparados na lei ou na urgência decorrente da possibilidade de grave prejuízo ao interesse público. O caso em exame não configura nenhuma dessas hipóteses. Não há previsão legal autorizando a Administração a praticar tal ato por suas próprias mãos e sem intervenção judicial. Caso entendesse necessário ato de tamanha violência, após a aplicação da multa, deveria ter ingressado em juízo com a competente ação demolitória que seria criteriosamente analisada pelo Judiciário. Não existia no caso perigo que caracterizasse a urgência.

Ademais, houve clara afronta ao princípio da proporcionalidade, utilizando-se a Administração de meio excessivamente drástico para reprimir atividade que não representava perigo imediato a interesse público. A própria municipalidade reconhece que a referida obra traria benefícios para a população local.

Na verdade, como bem ressaltou o Juiz Federal nos autos da ação de desapropriação do terreno, o que levou o Município à realização do ato foi a tentativa de afirmar a sua autoridade perante seus munícipes. A infração do Código de Posturas, na forma que se deu, não seria suficiente para justificar a demolição da obra, principalmente sabendo os administradores municipais que o requerimento e a documentação para expedição do alvará já se encontrava tramitando na repartição competente.”

Por fim, cumpre destacar que, apesar dos diversos posicionamentos doutrinários, o Supremo Tribunal Federal entende que o princípio da proporcionalidade decorre, notadamente, do princípio do devido processo legal substantivo³³¹ e, assim, torna possível o controle jurisdicional pela verificação da constitucionalidade dos atos da Administração Pública.

No item 6.2, faremos a análise do devido processo legal, mas, por ora, podemos concluir que, na aferição dos limites da autoexecutoriedade dos atos emanados no exercício do poder de polícia, deve ser considerado se o ato persegue a finalidade pública prevista na lei e, depois, se a medida escolhida pela Administração é a menos gravosa em relação aos direitos individuais envolvidos, pois só assim se poderá fazer a mensuração entre a finalidade pública perseguida e o grau de restrição imposto ao particular.

³³¹ “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)

6.1.4 Moralidade administrativa

O princípio da moralidade foi expressamente previsto no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, justamente o que inicia o tratamento da Administração Pública.

Essa inclusão se justifica em razão do momento histórico em que a Constituição foi elaborada. O país, a par de se redemocratizar, passava por uma séria crise econômico-financeira; assim o desejo expresso da Assembleia Nacional Constituinte era o de elaborar a “melhor das constituições possíveis no quadro adverso em que trabalhavam por obra da crise e dos problemas que afligiam o País”.³³²

Neste desiderato e acompanhando a tendência das novas constituições editadas nos países democráticos no pós-guerra, a Constituição de 1988 estabeleceu entre nós o “constitucionalismo moderno”,³³³ isto é, promoveu “uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito”,³³⁴ fenômeno este denominado por autores alemães como “virada kantiana”.³³⁵

Para José Guilherme Giacomuzzi, a palavra “moralidade” ecoa forte e traz consigo – e aqui há um abandono do cientificismo – uma ideia de justiça para além da lei. O país saía de regime autoritário de mais de vinte anos e a

Constituição Brasileira de 1988 buscava refletir em seu texto muitas das aspirações democráticas modernas. Devia ser assim. Olhos no passado recente de menosprezo e desrespeito, por parte do Estado, a direitos do cidadão, inequivocamente pretendeu o legislador constituinte romper com o modelo autoritário posto até então, e nesse afã fez consagrar, no seu art. 5º, inúmeros direitos fundamentais, já tendo o referido artigo sido apontado como o ponto alto e mais libertário da nova Constituição Federal.³³⁶

Em nenhum momento, os constituintes titubearam em utilizar a expressão “moralidade administrativa” na nova Constituição.

A preocupação do constituinte, desde então, era impor alguns freios aos agentes públicos na execução dos poderes discricionários, ideia, essa, baseada na doutrina do desvio de poder.

³³² BONAVIDES, Paulo. ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. Brasília: Paz e Terra, 1990. p. 454.

³³³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 326..

³³⁴ *Ibidem*, p. 306.

³³⁵ *Ibidem*, p. 306, nota 55.

³³⁶ GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 135

O artigo 37 da Constituição Federal de 1988 promoveu uma verdadeira *constitucionalização* da administração pública e, além disso, verificando sua abrangência, percebemos que esse dispositivo só perde em extensão para o artigo 5º (declaração de direitos), confirmando, assim, a afirmação de Karl Lovenstein, no início do século passado, de que aquele período iria se caracterizar pelo Estado administrador (um Estado administrativo).

Os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência (esse último incluído tão-somente em 4/06/1998, por força da Emenda Constitucional nº19) trouxeram a possibilidade de um amplo controle da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos.

Notamos, assim, a preocupação constitucional de transformar o Estado de então, autoritário e arbitrário, em um Estado sob o império de leis democráticas, o Estado no qual valiam mais os decretos do que a Constituição, em um Estado onde houvesse cidadania e respeito à dignidade das pessoas.

José Guilherme Giacomuzzi³³⁷ esclarece que a moralidade já aparecia, expressamente, no art. 7º, do Decreto nº19.398, de 11/11/1930, no art. 65 da Lei 6.815, de 1980 (Estatuto do Estrangeiro); mas foi Seabra Fagundes o primeiro doutrinador a tratar da “moralidade administrativa”, ao comentar a ação popular em 1946 (RDA 6/1-19).

Aurélio Buarque de Holanda Ferreira esclarece que a expressão “moral” deriva do latim *morale* (relativo aos costumes); conjunto de regras de conduta consideradas como válidas, quer de modo absoluto para qualquer tempo ou lugar, quer para grupo ou pessoa determinada.

Podemos afirmar, por isso, que a moralidade difere da ética, uma vez que essa não é ensinada, não surge de fora, por mais que se pense e se estude ética profissional; para a filosofia isto é moral e não *ethos*, a força interna que nos mostra o que devemos fazer em prol do nosso verdadeiro bem, a luz interna que nos indica e que independe de punição, de regras, de obrigações.

Aquele que não rouba para não ser preso ou porque não deve, em nome dos ensinamentos que recebeu, segue a moralidade e a moral; o que não o faz porque seu “eu” lhe mostra o quanto isso o avilta, segue seu *ethos*, o apelo interno. Apelo esse que não tem norma, que nem sempre está de acordo com o que a sociedade considera certo ou o que é determinado por esta ou aquela religião.

³³⁷ GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2002.

Hely Lopes Meirelles, analisando as lições de Maurice Hauriou, o principal doutrinador da teoria da moralidade administrativa, ensina que:

a moralidade administrativa constitui hoje em dia, pressuposto da validade de todo ato da Administração Pública. Não se trata, diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito, da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”. Desenvolvendo a sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o bem do mal, o honesto do desonesto. E ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por consideração de direito e de moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos – *non omne quod licet honestum est*. A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para a sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve, e a finalidade de sua ação: o bem comum.³³⁸

Citando Antonio José Brandão, Hely Lopes Meirelles afirma que:

a atividade dos administradores, além de traduzir a vontade de obter o máximo de eficiência administrativa, terá ainda de corresponder à vontade constante de viver honestamente, de não prejudicar outrem e de dar a cada um o que lhe pertence – princípios de direito natural já lapidarmente formulados pelos juristas romanos.³³⁹

Percebemos, assim, que a construção da teoria do princípio da moralidade ocorreu a par da ideia do desvio de poder, seja este na modalidade excesso de poder, seja na de desvio de finalidade.

O princípio da moralidade, em qualquer dos casos, funcionará como limite à atividade discricionária da administração pública e, portanto, também das medidas de polícia autoexecutórias que, utilizando-se de meios lícitos, buscam a realização de fins privatísticos ou mesmo interesses públicos estranhos às previsões legais.

Chegou-se, portanto, à possibilidade de um controle sobre a legalidade substancial dos atos administrativos e, nesse sentido, proporcionou-se espaço para o desenvolvimento dos princípios da legalidade e moralidade administrativas, aí incluídas a possibilidade de controlar mais amplamente conceitos jurídicos indeterminados, cuja definição era dispensada exclusivamente aos critérios da Administração Pública.

³³⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atualizadores: Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 90.

³³⁹ *Ibidem*, p. 91

A moralidade, no entanto, não se esgota na ideia de legalidade substancial, pois pode haver leis e atos administrativos imorais que, por esse ângulo, se apresentam inconstitucionais. A imoralidade da lei ou ato não se deixa perceber pelo mero subjetivismo judiciário, pois aí haveria arbítrio. Percebe-se a imoralidade administrativa pelo “conjunto dos princípios, de concepções doutrinárias, jurisprudenciais, hermenêuticas de um dado sistema que, em seu todo, repele determinadas soluções ou opções do legislador, por reputá-las inconstitucionais”.³⁴⁰

O ordenamento jurídico pátrio vem, ao longo do tempo e, após a Constituição Federal de 1988, se completando com normas no mesmo sentido principiológico e normatizador, de forma a possibilitar um maior controle da Administração Pública.³⁴¹

Enfim, como afirma Emérsom Garcia:

a moralidade limita e direciona a atividade administrativa, tornando imperativo que os atos dos agentes públicos não subjuguem os valores que defluam dos direitos fundamentais dos administrados, o que permitirá a valorização e o respeito à dignidade da pessoa humana. Além de restringir o arbítrio, preservando a manutenção dos valores essenciais a uma sociedade justa e solidária, a moralidade confere aos administrados o direito subjetivo de exigir do Estado uma eficiência máxima dos atos administrativos, fazendo que a atividade estatal seja impreterivelmente direcionada ao bem comum, buscando sempre a melhor solução para o caso.³⁴²

Para a consagração desses valores, fez-se necessária a conscientização de todos os setores da sociedade de que devem zelar pela observância do princípio da moralidade.

Nesse sentido, José Afonso da Silva afirma que:

O controle sobre atos dos agentes públicos deve ser rígido e intenso, o que permitirá um paulatino aperfeiçoamento da atividade estatal e, o que é mais importante, a necessária adequação dos agentes públicos aos valores próprios de um Estado Democrático de Direito, no qual o bem comum representa o pilar fundamental.³⁴³

³⁴⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese. 1988. p. 155-156.

³⁴¹ Citamos como exemplos: a) a Constituição do Estado de São Paulo de 5.10.1989, que no art. 111 expressamente prevê: “A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público”; b) a Lei n. 9.784, de 29.1.1999, que regulando o processo administrativo, trouxe no art. 2º a obrigação da Administração Pública obedecer aos “princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”; c) a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, que por obra da Emenda Constitucional n. 7, promulgada em 28.6.1995, passou a prever no art. 19: “A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes do Estado e dos Municípios, visando à promoção do bem público e à prestação de serviços à comunidade e aos indivíduos que a compõem, observará os princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade, da legitimidade, da participação, da razoabilidade, da economicidade, da motivação [...]”.

³⁴² GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*. Brasília, n. 79.p. 29-58, mar./maio 2005, p. 29.

³⁴³ *Ibidem*, p. 30

José Afonso da Silva³⁴⁴ adverte, ainda, que a moralidade em questão é jurídica e não comum. Com isso, ainda que saciando as pretensões da coletividade, o conceito de moralidade é revelado nas normas que disciplinam o atuar público. Para o autor, sob pena de subjetividade, a moralidade administrativa decorre das regras e princípios reguladores da Administração Pública. Essa deverá atuar com boa-fé e lealdade, definições encontradas levando-se em conta os valores éticos de dada sociedade em certo tempo, como a moral e os bons costumes e o senso comum de honestidade.

É de se concluir, por primeiro, que a moralidade deve estar presente já na elaboração da lei e, na fase de aplicação desta, onde se encontra a atividade administrativa. Assim, o comando normativo somente será legítimo e válido se condizente com a moral social, ou seja, deve estar de acordo com a comum de honestidade e extraída dos princípios da própria ciência jurídica.

Depois, além da obediência à lei, compete ao agente público atuar de acordo com a moral, mesmo nos casos tidos como discricionários, pois o sistema jurídico impõe o dever de honestidade no tratamento da coisa pública, não ficando, por isso, preso ao simples texto da lei.

A moralidade, portanto, é ínsita ao conteúdo do ato administrativo, inclusive dos autoexecutórios, e em caso de não observância gerará a invalidade daquele.

Dessa forma é que se interpretam as disposições dos artigos 5º e 37 da Constituição Federal,³⁴⁵ sendo a moralidade, portanto, limite dos atos autoexecutórios do poder de polícia, isso porque, diante da liberdade conferida pela lei, a solução mais ética dentre as possíveis é a que deve ser aplicada.

6.2 Devido processo legal

Karl Larenz³⁴⁶ destacou que o “Estado de Direito” é o princípio fundamental, pois é dele que decorrem os demais princípios, como o da legalidade, o da vinculação do legislador aos direitos fundamentais e todos os outros. Da mesma forma, é do Estado de Direito que decorre o princípio do devido processo legal.

³⁴⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 668.

³⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Discricionariedade administrativa na constituição federal de 1.988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 116.

³⁴⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamego. Revisão Ana Freitas. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 577.

Lúcia Valle Figueiredo,³⁴⁷ em estudo sobre o tema, pondera que, para se falar em Estado de Direito, é preciso que o Estado se curve à *rule of law*. Porém, só essa submissão à lei não é suficiente para a caracterização do Estado como de Direito; é preciso, ainda, que exista a separação de poderes para a existência dos freios e contrapesos e de juiz natural e imparcial. Somente com o verdadeiro cumprimento da lei é que se poderá falar em Estado de Direito, caso contrário o que se terá é um aparente Estado de legalidade.

Historicamente, como bem leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, o “devido processo legal”, ou o *due process of law*,

remonta à Magna Carta que João-Sem Terra, em 1215, foi compelido a conceder aos barões. Em seu art.39 este documento feudal assegurava que nenhum homem livre teria sua liberdade ou propriedade sacrificadas salvo na conformidade da *law of the land*. Tratava-se, na verdade, de uma defesa contra o arbítrio real e a consagração de um direito a julgamento, efetuado pelos próprios pares, na conformidade do Direito costumeiro (a “lei da terra”), ou seja: o Direito assente e sedimentado nos precedentes judiciais, os quais exprimiam a *common law*. Esta expressão *law of the land*, cerca de um século depois, sob Eduardo III, em 1354, no *Statute of Westminster of the Liberties of London*, foi substituída por *due process of law*.

Ao transmigrar-se para as colônias americanas nelas prevaleceu, antes e depois da Independência, a expressão *law of the land*, até a Constituição de Nova York de 1821, que foi a primeira a incorporar em seu texto a dicção *due process of law*. Esta última terminologia, entretanto, que seria, a final, definitivamente consagrada, já havia entrado na Constituição norte-americana, através da Emenda V, aprovada em 1789 e ratificada pelos Estados em 15.12.1791. Inicialmente concebida como garantia puramente processual (*procedural due process*), evoluiria ao depois, mediante construção pretoriana da Suprema Corte norte-americana, para converter-se em garantia também substancial (*substantive due process*), conforme abertura possibilitada pela Emenda XIV (*equal protection of the laws*), abrigando e expandindo a idéia de resguardo da vida, da liberdade e propriedade, inclusive contra legislação opressiva, arbitrária, carente de razoabilidade.³⁴⁸

A origem e evolução do princípio do devido processo podem ser analisadas à luz de julgado da Suprema Corte Americana, em que se buscava apurar se o Estado da Geórgia feriria ou não a emenda XIV³⁴⁹ ao aplicar pena de morte a condenado que alegava ter enlouquecido enquanto aguardava a execução. No caso SOLESBEE v. BALKOM, o juiz

³⁴⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de Direito e devido processo legal.. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 209, p. 7-18, jul./set. 1997. p. 7.

³⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 116-117.

³⁴⁹ A XIV Emenda estatui que “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiverem residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis”.

Felix Frankfurter³⁵⁰ fundamenta a existência do princípio do devido processo legal em razão de

personificar um sistema de direitos baseado em princípios morais tão profundamente enraizados nas tradições e nos sentimentos do nosso povo, de forma que pode ser considerada fundamental para uma sociedade civilizada bem como concebida por toda história. O Devido Processo comporta noções profundas do que é mais razoável, direito ou justo. Quanto mais fundamentais forem as crenças, menor a necessidade de elas serem expressamente declaradas. O respeito a elas é a essência da cláusula do devido processo. Ao torná-la obrigatória, esta corte não transforma opiniões pessoais em limitações constitucionais. Ao aplicar conceito tão abrangente e não técnico como o 'devido processo', a corte reforça aqueles sentimentos universais e perenes da nossa sociedade e revela o tipo de indício considerado relevante para os julgamentos nas instituições sociais.³⁵¹

Razoabilidade, direito e justiça, portanto, são valores que se concretizam por meio do processo, instrumento pelo qual o Estado cumpre sua função de solucionar um conflito de interesses, isto porque é através deles que o meio se torna realidade ao atender aos princípios de Justiça, segurança e interesse público.

Carmen Lúcia Antunes Rocha adverte, porém, que o processo somente atenderá ao primado da segurança jurídica quando obedecer aos princípios democráticos. Afirma a autora que

A segurança jurídica pode ser considerada como a certeza do indivíduo na correta aplicação dos valores e princípios de Justiça absorvidos pelo sistema de direito adotado em determinada sociedade.³⁵²

Considerado, portanto, como instrumento de exercício do poder, o processo ganhou expressão internacional, sendo inserido na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, nos artigos 8º e 10º: “toda pessoa tem direito a um recurso efetivo perante as jurisdições

³⁵⁰ Para o juiz Frankfurter a Suprema Corte deveria buscar no ideal de justiça a melhor interpretação, mesmo quando diante de conceitos abstratos. No caso negar a oportunidade de apelação ao réu seria transgredir os limites impostos pela constituição, pois estaria se negando o próprio devido processo legal. (RACHED, Danielle Hanna. *O devido processo legal na agência nacional de telecomunicações (ANATEL)*. 2004. 183 f. Dissertação (mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. p. 41

³⁵¹ Tradução livre do texto original: “*It is now the settled doctrine of this Court that the Due Process Clause embodies a system of rights based on moral principles so deeply embedded in the traditions and feelings of our people as to be deemed fundamental to a civilized society as conceived by our whole history. Due process is that which comports with the deepest notions of what is fair and right and just. The more fundamental the beliefs are the less likely they are to be explicitly stated. But respect for them is of the very essence of the Due Process Clause. In enforcing them this Court does not translate personal views into constitutional limitations. In applying such a large, untechnical concept as "due process," the Court enforces those permanent and pervasive feelings of our society as to which there is compelling evidence of the kind relevant to judgments on social institutions*”.

³⁵² ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, v. 17. p. 5-33, 1997, p. 7.

nacionais competentes contra os atos que violam os direitos fundamentais que lhe são reconhecidos pela Constituição e pela lei” e “toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja ouvida equitativamente e publicamente por um tribunal independente e imparcial, que decidirá seja de seus direitos e obrigações, seja da legitimidade de toda acusação penal em matéria penal dirigida contra ela”.

Tornado, portanto, uma garantia constitucional fundamental assegurada pelo Direito, o devido processo legal foi expressamente consignado na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, incisos LIV e LV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; e “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Observação importante é feita por Lúcia Valle Figueiredo³⁵³, no sentido de que o texto constitucional brasileiro é bastante moderno e protetor da cidadania, não sendo possível pensar ou supor que a Constituição tenha se utilizado da cláusula do devido processo legal apenas no seu aspecto formal. Tal entendimento significaria ignorar o momento da elaboração do atual texto Constitucional, bem como toda a evolução do Direito Americano. Aliás, o texto constitucional brasileiro, segundo a autora, pode ser equiparado às melhores constituições do Primeiro Mundo, à constituição espanhola, à constituição portuguesa, à **constituição alemã**. Assim é que se chega à conclusão de que, no conteúdo do princípio do devido processo legal, estão abrangidas a igualdade substancial e formal.

O devido processo legal procedimental (*procedural due process*) lidava com a aplicação processual da lei substantiva, ou seja, como forma de resolução de conflitos entre direitos materiais.

Com as alterações sofridas ao longo do tempo e das decisões jurisprudenciais, o *due process of law* passou a exigir uma igualdade material, ou seja, uma igualdade, inclusive, perante a lei e somente nesse sentido é que a cláusula do *due process of law* atingiu sua finalidade: conferir efetiva justiça e transparência à aplicação do direito.

Danielle Hanna Rached³⁵⁴ cita dois casos que marcaram a importância dessa dimensão substantiva.

³⁵³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de direito e devido processo legal.. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 209, p. 7-18, jul./set. 1997. p. 10.

³⁵⁴ A autora cita: “A questão aqui apresentada é, conseqüentemente, uma das mais importantes, não somente para as partes, mas para todo país. Não é nada menos que questionar se as recentes emendas à Constituição Federal protegem os cidadãos dos Estados Unidos contra a privação dos seus direitos pela legislação estadual. Essa é a idéia fundamental sobre a qual repousa nossas instituições e, exceto se agregado à legislação federal, nosso

O primeiro é o *SLAUGHTERHOUSE CASES*, de 1872, em que o voto dissidente do juiz Field trouxe para a análise da Corte a necessidade de interpretar a emenda constitucional XIV de forma que a validade da legislação de cada Estado respeitasse a igualdade de direitos. No segundo, conhecido por *LOCHNER v. PEOPLE OF STATE OF NEW YORK*, de 1905, a Suprema Corte invalidou uma lei da Cidade de Nova Iorque que regulava a quantidade de horas de trabalho de padeiros (10 horas ao dia – 60 horas semanais). Essa decisão,

apesar de reconhecer o legítimo exercício do ‘poder de polícia’ dos Estados,³⁵⁵ considerou o limite imposto irrazoável e inteiramente arbitrário. É através do voto do juiz Peckham,³⁵⁶ que delimita as fronteiras da liberdade privada, que percebemos a transição da dimensão meramente formal para a face substantiva do devido processo.³⁵⁷

Embora a referida decisão não tenha sido unânime,³⁵⁸ revela-se importante em razão de ter protegido um direito individual em face de uma limitação estatal.

governo será uma república somente no nome. A XIV emenda faz com que seja essencial para a validade da legislação de cada Estado que a igualdade de direitos seja respeitada.” (RACHED, Danielle Hanna. *O devido processo legal na agência nacional de telecomunicações (ANATEL)*. 2004. 183 f. Dissertação (mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. p.48).

³⁵⁵ Danielle Hanna Rached comenta que a “visão da Suprema Corte sobre o poder de polícia é interessante. Descrito inicialmente como um termo “vago” e sem qualquer tipo de delimitação mais profunda do seu conteúdo pelas cortes, o poder de polícia estaria relacionado com questões de segurança, saúde, moral e bem estar público. Apesar de reconhecer, expressamente, que os dois temas inerentes à XIV emenda – liberdade e propriedade – possam ser objeto de condicionamentos por parte do poder estatal, a Suprema Corte ainda hesita aceitar qualquer forma de intervenção do estado que possa representar “o exercício ilimitado de poder fora das amarras constitucionais”. De qualquer maneira, a Suprema Corte já havia decidido em *HOLDEN v. HARDY 169 U.S. 366 (1898)*, de forma favorável, sobre a validade de determinada lei que limitava, em oito horas, o trabalho nas minas, em virtude do “risco iminente” que representa à vida e à propriedade dos trabalhadores.” (RACHED, Danielle Hanna. *O devido processo legal na agência nacional de telecomunicações (ANATEL)*. 2004. 183 f. Dissertação (mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. p.49).

³⁵⁶ A autora assim traduziu parte da decisão do juiz: “A lei, necessariamente, interferiu no direito de contratar que existe entre empregador e empregado. O direito geral de realizar um contrato relacionado ao seu trabalho faz parte da liberdade individual protegida pela XIV emenda. Deve ser reconhecido que há um limite para o exercício do poder de polícia do Estado. Em todos os casos apresentados diante dessa Corte, conseqüentemente, onde a legislação volta-se para a proteção da Constituição Federal, há uma questão que necessariamente emerge: será justo, sensato e apropriado o exercício do poder de polícia do Estado, ou será uma interferência insensata, desnecessária e arbitrária no direito à liberdade individual?” (RACHED, Danielle Hanna. *O devido processo legal na agência nacional de telecomunicações (ANATEL)*. 2004. 183 f. Dissertação (mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. p.48)

³⁵⁷ RACHED, Danielle Hanna. *O devido processo legal na agência nacional de telecomunicações (ANATEL)*. 2004. 183 f. Dissertação (mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. p.49.

³⁵⁸ Danielle Hanna Rached afirma que “para o juiz Harlan, ao contrário, o direito de contratar pode e deve ser legitimamente limitado pelo poder de polícia. Nas palavras do juiz, “ao Estado caberia, com ampla margem de discricionariedade, determinar quais interesses públicos devem ser protegidos e quais as medidas necessárias para proteger tais interesses”. (RACHED, Danielle Hanna. *O devido processo legal na agência nacional de telecomunicações (ANATEL)*. 2004. 183 f. Dissertação (mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. p.49)

É nesse sentido, também, que Lúcia Valle Figueiredo observa que a igualdade na lei só se concebe a partir de classificações lógicas, razoáveis, obedientes a discrimines próprios.

Portanto, havendo na Constituição brasileira de 1988, como direito fundamental, a garantia de que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal e sendo o poder de polícia expresso como uma limitação à liberdade e à propriedade, imperioso observar que o devido processo legal se torna condicionante da edição de atos dessa natureza.

Celso Antônio Bandeira de Mello leciona:

privar da liberdade ou da propriedade não é apenas simplesmente elidi-las, mas também o é suspender ou sacrificar quaisquer atributos legítimos inerentes a uma ou outra; vale dizer: a privação não precisa ser completa para caracterizar-se como tal. Assim, para desencadear consequência desta ordem, a Administração terá de obedecer a um processo regular (o devido processo legal), o qual, evidentemente, como resulta do inciso LV do art. 5º, demanda o contraditório e ampla defesa.³⁵⁹

Carlos Ari Sundfeld pondera que a autoexecutoriedade deve obedecer a dois limites constitucionais: garantia do devido processo legal (exigência de processo judicial para a perda da propriedade e da liberdade física) e imunidade das associações, cooperativas e sindicatos a toda e qualquer interferência administrativa (exigência de sentença judicial para a suspensão de suas atividades ou sua dissolução compulsória).³⁶⁰

No mesmo sentido, Dinorá Grotti esclarece que 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.³⁶¹

Verificamos, portanto, que o devido processo legal é limite da autoexecutoriedade, da mesma forma que no regime jurídico administrativo convivem em harmonia as prerrogativas e as sujeições impostas à Administração Pública.

Não se deve, todavia, tomar referido princípio de forma que impeça a imediata adoção de medidas urgentes e insubstituíveis para salvaguardar interesses públicos relevantes, que, de outra forma, ficariam comprometidos.

O atributo da autoexecutoriedade nas limitações administrativas à liberdade e à propriedade, autorizado por expressa previsão legal ou por situação de urgência, exige,

³⁵⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.115.

³⁶⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 84.

³⁶¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, O devido processo legal e o procedimento administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, v. 18, p. 34-43, 1997. p. 35.

portanto, observância ao devido processo legal que, em regra, deverá ser atendido antes da prática do ato. Todavia, caso não seja possível, a Administração, tão logo realize a atividade material, deverá atendê-lo.

Exemplo da última hipótese são os casos em que a Administração apreende produtos vencidos que estavam para ser comercializados, pois ela, em primeiro lugar, apreende os produtos e, depois, expede o auto de infração para início do devido processo legal. Nesses casos, não é possível o inverso, sob pena de a medida se tornar inócua.

Nesses casos, a urgência da medida não permite a realização prévia do devido processo legal, mas, tão logo realizada a medida, deve ser instaurado o processo administrativo e facultada ao sujeito destinatário da medida constrictiva a sua participação, mediante contraditório e ampla defesa.

Outro exemplo são os casos em que ocorre o fechamento de posto de combustível em razão de fiscalização que constata adulteração na gasolina ou no álcool.

Tal medida encontra amparo na necessidade de evitar que consumidores sejam prejudicados com a venda de combustível adulterado, que danifica o veículo e, conseqüentemente, frustra legítima expectativa do consumidor.

E, como dissemos no tópico anterior, a estrutura do ato autoexecutório passa pela existência de um ato administrativo prévio, que contém o comando ao particular, tornando obrigatória uma atuação positiva ou negativa deste. A seguir, em obediência ao contraditório e à ampla defesa, vem a necessidade de o particular ser intimado para atender à obrigação imposta e, então, se não cumprida a obrigação pelo particular, de ser o ato administrativo executado pela própria Administração, de forma coercitiva, a fim de satisfazer o interesse público.

Assim, mais uma vez fica evidente o posicionamento de prestígio das liberdades públicas em face das medidas restritivas e/ou limitativas de direitos, pois, antes da medida coercitiva, o particular deve ter a possibilidade de cumprimento espontâneo da obrigação.

Concluimos, citando lição de Lúcia Valle Figueiredo³⁶², no sentido de que apenas nos casos concretos e em face de lei concreta ou da aplicação concreta de um juiz ou administrador público, em procedimentos ou processos administrativos ou judiciais, será possível a análise do efetivo cumprimento do princípio do devido processo legal. Isso porque cada situação envolverá circunstâncias específicas a serem ponderadas à luz dos valores: razoabilidade, justiça, segurança e interesse público.

³⁶² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de Direito e devido processo legal.. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 209, p. 7-18, jul./set. 1997. p. 10.

6.3 Direito adquirido

O direito adquirido também se apresenta como limite às limitações administrativas e, conseqüentemente, à autoexecutoriedade daquelas medidas.

Sem dúvida, o direito adquirido é um instituto basilar do Estado Democrático de Direito, uma vez que busca proteger o cidadão, tanto por seu conteúdo, quanto pelos demais princípios que dele decorrem, como os da segurança jurídica, da irretroatividade das leis ou do efeito imediato destas.

Falar em direito adquirido significa, primeiramente, distinguir direito objetivo, entendido como o “complexo de normas jurídicas que regem o comportamento humano, de modo obrigatório, prescrevendo uma sanção no caso de sua violação”,³⁶³ de direito subjetivo, reconhecido como a “permissão dada por meio de norma jurídica, para fazer ou não fazer alguma coisa, para ter ou não ter algo, ou, ainda, a autorização para exigir, por meio dos órgãos competentes do poder público ou por meio de processos legais, em caso de prejuízo causado por violação de norma, o cumprimento da norma infringida ou a reparação do mal sofrido.”³⁶⁴

Tratando-se de uma espécie de direito subjetivo, ou seja, “poder da vontade dos particulares, reconhecido ou outorgado pelo ordenamento jurídico”,³⁶⁵ contrapõe-se aos direitos congênitos, “aqueles que resultam da própria natureza humana, como a vida, a liberdade, a defesa, a honra”,³⁶⁶ uma vez que “decorrem de ato lícito próprio, ou de ato de terceiro, como o direito de propriedade, o direito de crédito, os direitos de família”.³⁶⁷

Dentro desse contexto, observamos que só faz sentido falar em direito adquirido diante de uma lei nova, ou de ato administrativo novo, que passa a disciplinar de modo diverso o conteúdo da lei ou do ato administrativo antigo. Portanto, estamos dentro do campo do direito intertemporal, ou seja, do conflito de normas no tempo.

Se, por um lado, existe a necessidade de edição de novos comandos normativos, de outro lado, existe a necessidade de proteger as relações jurídicas constituídas sob a égide da norma anterior, de forma a garantir estabilidade e segurança jurídica. Assim, a questão de fundo decorrente da situação é definir qual das normas deve regular as situações jurídicas.

³⁶³ DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil brasileiro*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 10.

³⁶⁴ *Ibidem*, p.10.

³⁶⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 7.

³⁶⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 11.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 11.

Cláudia Toledo observa que existem três principais teorias sobre o conflito de leis no tempo: “teoria do direito adquirido (ou teoria clássica), a teoria dos fatos realizados e a teoria das situações jurídicas”.³⁶⁸

Não sendo objeto principal deste trabalho o estudo aprofundado do tema, limitar-nos-emos a analisar a primeira teoria, visto ser a adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Destacamos, por isso, que a teoria do direito adquirido foi sistematizada por Gabba, para quem direito adquirido é:

a) a consequência de um fato idôneo a produzi-lo em virtude da lei vigente ao tempo em que se efetuou, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes atuação da lei nova, e que b) sob o império da lei então vigente, integrou-se imediatamente ao patrimônio do seu titular.³⁶⁹

Para Cláudia Toledo, direito adquirido

é apenas aquele de que o sujeito é titular e que pode exercer, mas que não se fez valer antes da entrada em vigor de nova lei que o modificou ou extinguiu. É direito de que se goza, que não foi exercido na vigência da lei antiga, mas que se pode exercer a qualquer tempo, inclusive na vigência da lei nova, ainda que tenha ela o modificado ou extinto. Pode ser exercido pelo simples motivo de já ser direito subjetivo do seu titular e é da essência do direito subjetivo poder ser gozado e exercido por seu titular. O fato de não ter sido exercido até a entrada em vigor da lei nova não apenas não o descaracteriza como direito subjetivo, como é elemento distintivo que o torna direito adquirido.

Se o titular do direito adquirido pode exercê-lo, pode também não o fazer. Essa decisão está na margem de sua discricionariedade; o exercício de seu direito está no domínio do seu arbítrio. Ocorre que, se o fizer, tem-se então direito realizado, esgotado ou consumado, devidamente prestado, satisfeito, extinguindo-se a relação jurídica que o fundamentava. Se não o fizer, diz-se, então, que o direito lhe pertence, ou seja, o sujeito tem dele o gozo (titulação), mas ainda não o exerceu.

O que importa é que não haja empecilho jurídico para o sujeito dele se torne titular.³⁷⁰

No mesmo sentido é a definição de De Plácido e Silva, que acrescenta:

O direito adquirido tira a sua existência dos fatos jurídicos passados e definitivos, quando o seu titular os pode exercer. No entanto, não deixa de ser adquirido o direito, mesmo quando o seu exercício dependa de um termo prefixado ou de condição preestabelecida, inalterável a arbítrio de outrem.

Por isso, sob o ponto de vista da retroatividade das leis, não somente se consideram adquiridos os direitos aperfeiçoados ao tempo em que se promulga a lei nova, como os que estejam subordinados a condições ainda não verificadas, desde que não se indiquem alteráveis ao arbítrio de outrem.

³⁶⁸ TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy, 2003. p. 142.

³⁶⁹ No original: “È acquisito ogni diritto che a) è conseguenza di un fatto idoneo a produrlo, in virtù della legge del tempo in cui il fatto venne compiuto, benchè l’occasione di farlo valere non siasi presenta prima dell’attuazione di una legge nuova intorno AL medesimo, e che b) a termini della legge sotto l’impero della quale accade il fatto da cui trae origine, entro immediatamente a far parte Del patrimonio di chi lo há acquistato” (GABBA, C.F. *Teoria della retroattività delle leggi*. 3. ed. Milão-Roma-Nápole: Torino, v. I, 1891, p. 191).

³⁷⁰ TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy, 2003. p.166-167.

Os direitos adquiridos se opõem aos direitos dependentes de condição suspensiva, que se dizem meras expectativas de direito. Quanto à condição resolutiva, até que se cumpra, desde que não seja potestativa ou mista (alterável ao arbítrio de outrem), conserva o direito adquirido, embora cumprida venha a revogá-lo.³⁷¹

A pertinência do tema, no campo das limitações administrativas à liberdade e à propriedade, decorre do fato de o comando normativo vir previsto como norma de ordem pública e, assim, não se tratar de uma mera faculdade, mas um dever de agir no exercício das limitações impostas.

José Maria Pinheiro Madeira³⁷² entende, por isso, inexistir direito adquirido em face de interesse público. Para o autor, o Poder Público está legitimado a realizar as limitações administrativas à liberdade e à propriedade, todavia, não pode fazê-lo desconsiderando eventuais “direitos” dos administrados.

Esse posicionamento encontra respaldo na doutrina estrangeira, como em George Vedel,³⁷³ que sustenta, em matéria de limitações administrativas, a possibilidade de serem aplicadas novas regulamentações em situações consolidadas no passado, quando for absolutamente necessário.

No mesmo sentido, Juan Francisco Linares diz que, em princípio, as leis de limitações administrativas não podem ter efeito retroativo, “[...] salvo expressa definição no texto e quando valorações funcionais e de justiça o impõem, e não se afeta com esta retroatividade direitos firmes”.³⁷⁴

José Carlos Moreira Alves³⁷⁵ destaca que a pretensa retroatividade de leis de ordem pública para atingir o direito adquirido merece maiores cuidados. Antes de mais nada, é preciso verificar de qual retroatividade está se tratando, se da *retroatividade máxima, média*

³⁷¹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro - São Paulo: Forense, 1963. v. II. p. 530.

³⁷² MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Reconceituando o poder de polícia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 68.

³⁷³ VEDEL, George. *Derecho administrativo*. Tradução Juan Ricon Jurado. 6. ed. Madrid: Aguilar, 1980 p. 683.

³⁷⁴ LINARES, Juan Francisco. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Astrea, 1986, p. 432-433.

³⁷⁵ MOREIRA ALVES, José Carlos. As leis de ordem pública e de direito público em face do princípio constitucional da irretroatividade. *Revista da Procuradoria Geral da República*, São Paulo, n. 1, páginas 13-19, out./dez. 1992. p. 14. A não-admissibilidade da retroatividade das leis de ordem pública para atingir direitos adquiridos encontra reflexo na jurisprudência brasileira: “Os contratos submetem-se, quanto ao seu estatuto de regência, ao ordenamento normativo vigente à época de sua celebração. Mesmo os ‘efeitos futuros’ oriundos de contratos ‘anteriormente’ celebrados ‘não se expõem’ ao domínio normativo de leis supervenientes. As conseqüências jurídicas que emergem de um ajuste negocial válido são regidas pela legislação em vigor no momento de sua pactuação. Os contratos – que se qualificam como atos jurídicos perfeitos – acham-se ‘protegidos’, em sua integralidade, ‘inclusive quanto aos efeitos futuros’, pela norma de salvaguarda constante do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República. A incidência ‘imediate’ da lei nova sobre os ‘efeitos futuros’ de um contrato ‘preexistente’, precisamente por afetar a própria causa geradora do ajuste negocial, ‘reveste-se’ de caráter retroativo (‘retroatividade injusta de grau mínimo’), achando-se ‘desautorizada’ pela cláusula constitucional que ‘tutela’ a intangibilidade das situações jurídicas definitivamente consolidadas” (STF. RE 209.519-SC. Min. Celso de Mello. RTJ 164:1145).

ou da *mínima*. As duas primeiras, segundo o autor, são formas em que a lei age para o passado, enquanto, na terceira, o caso é de aplicação imediata da lei.

No entanto, diz o autor que a tese talvez seja defensável em países como a França, em que o princípio da irretroatividade é apenas legal, não constitucional, sendo possível, ao menos com mais razão, defender a aplicação da lei de ordem pública de imediato e mesmo para situações já consolidadas em tempos anteriores.

No Brasil, contudo, “[...] dúvida não há de que, se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado”.³⁷⁶ Destaca o autor, ainda: “A idéia de ordem pública não pode ser posta em oposição ao princípio da não-retroatividade da lei, pelo motivo decisivo de que, numa ordem jurídica fundada na lei, a não-retroatividade das leis é ela mesma uma das colunas de ordem pública”.³⁷⁷

Hely Lopes Meirelles observa que o Supremo Tribunal Federal, em relação ao direito adquirido, firmou posição no sentido de que “[...] o disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de Direito Público e lei de Direito Privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva.” Dessa forma, quando o TJSP afirma que os “princípios de polícia sanitária, sempre em evolução, na medida das exigências sociais, não conferem direito adquirido”, ou que “as normas urbanísticas são de ordem pública, cogentes, sem que se possa contrapor direito adquirido”, deve-se observar que esses julgados abordaram, na verdade, os efeitos futuros da lei nova, não os efeitos jurídicos produzidos no passado, pois estes, em face da garantia do direito adquirido – assim entendido aquele que “nos termos da lei sob o império da qual se verificou o fato de onde se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu” -, devem ser respeitados. Daí por que, como acentuado em outro passo, no caso de licença para construir, se a obra já foi iniciada a lei nova não se aplica, havendo direito adquirido decorrente de efeito jurídico produzido no passado sob a égide da lei anterior.³⁷⁸

Trazemos essas lições para ponderar que o direito adquirido, prescrito como direito fundamental e cláusula pétrea em nosso sistema jurídico positivo (Constituição Federal, art.

³⁷⁶ MOREIRA ALVES, José Carlos. As leis de ordem pública e de direito público em face do princípio constitucional da irretroatividade. *Revista da Procuradoria Geral da República*, São Paulo, n. 1, páginas 13-19, out./dez. 1992.p. 14.

³⁷⁷ MOREIRA ALVES, José Carlos. *As leis de ordem pública e de direito público em face do princípio constitucional da irretroatividade*. *Revista da Procuradoria Geral da República*, São Paulo, n. 1, páginas 13-19, out./dez. 1992. p. 15.

³⁷⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atualizadores: Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.150.

5º, XXXVI), não pode ser, simplesmente, esquecido diante de uma disposição de ordem pública. Assim, caso haja um interesse público, que legitime a interferência em situação acobertada por direito adquirido, não se configura limitação administrativa, mas, sim, caso de expropriação e, portanto, deverá ser observado o devido processo legal, com justa e prévia indenização (Constituição Federal, art. 5º, XXIV).

Celso Antônio Bandeira de Mello assume essa posição, entendendo que, diante de situação na qual “inexiste o poder de revogar mas a Administração necessita, para atender a um interesse público, rever certa situação e afetar relação jurídica constituída, atingindo direito de alguém (não meras faculdades ou expectativas), a solução é expropriá-lo.”³⁷⁹

Na mesma linha, desenvolve-se a lição de Hely Lopes Meirelles:

o alvará definitivo consubstancia uma licença; o alvará precário expressa uma autorização. Ambos são meios de atuação do poder de polícia, mas com efeitos fundamentalmente diversos, porque o alvará de autorização pode ser revogado sumariamente, a qualquer tempo, sem indenização, ao passo que o alvará de licença não pode ser invalidado discricionariamente, só admitindo revogação por interesse público superveniente e justificado, mediante indenização.³⁸⁰

Celso Antônio Bandeira de Mello, da mesma forma, esclarece: “depois de concedida regularmente uma licença para edificar e iniciada a construção, a Administração não pode ‘revogar’ ou ‘cassar’ esta licença sob alegação de que mudou o interesse público ou de que se alterou a legislação a respeito”.³⁸¹ Ensina ainda que, nesses casos, compete à Administração “expropriar o direito de construir”.

Luis Manuel Fonseca Pires, divergindo da posição do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível indenização “pela extinção da licença para construir ainda que a obra não se tenha iniciado.”³⁸²

Da mesma forma que o citado autor, entendemos que, demonstrado o dano, há o dever de indenizar, mesmo que não iniciada a obra.

Esse entendimento, a nosso ver, é o que melhor se adapta à Súmula 473 do Supremo Tribunal de Federal, de 10/12/1969: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los,

³⁷⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 451.

³⁸⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atualizadores: Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 141.

³⁸¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 452.

³⁸² PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Regime jurídico das licenças*. São Paulo: Quatier Latin, 2006. p. 208.

por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

Não foi esta, todavia, a tese que prevaleceu à época da Lei Áurea, que aboliu a escravidão em 1888. Até então, os escravos eram bens de propriedade dos fazendeiros. Com a referida lei, alguns fazendeiros chegaram a questionar o direito adquirido em relação àqueles escravos. Na época, a solução não foi pela indenização, mas pela repulsa à escravatura, em razão do direito natural do homem de ser livre, princípio esse que já estava esculpido na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Com essas considerações, fica bastante evidente a posição de supremacia do princípio do direito adquirido, de forma que mesmo as normas de ordem pública deverão lhe render obediência, a fim de assegurar o cumprimento do princípio da segurança jurídica, ínsito no Estado Democrático de Direito.

Ressaltamos que, diante de certos casos, em concreto, pode haver um abrandamento do princípio, de forma a evitar injustiças ou violação de outro direito fundamental de maior relevância, como no caso dos escravos, onde estavam em contraposição, de um lado, o direito adquirido à propriedade e, de outro lado, o direito à liberdade. Contudo, a regra geral, mesmo para os atos de polícia autoexecutórios, é respeitar o direito adquirido pelos particulares.

Em qualquer caso de violação ou mesmo ameaça de violação a direito do cidadão, este poderá se socorrer do Judiciário para impedir a violação ou buscar reparação ao dano sofrido. Para tanto, existem as ações constitucionais do mandado de segurança, do habeas corpus e outras medidas inibitórias ou indenizatórias.

6.4 Direitos fundamentais

Por último, porém, de não menos importância, os direitos fundamentais declarados e assegurados pela Constituição Federal são outro limite ao exercício do poder de polícia, pois não podem ser suprimidos. Nem sempre é fácil situar o ponto onde começa a violação dos direitos fundamentais pelo exercício do poder de polícia.

Juarez Freitas³⁸³ verificou que os direitos fundamentais, consagrados na Constituição Federal de 1988, implicaram uma consistente e progressiva revisão de determinadas categorias clássicas do direito. Observou que “o poder existe para os direitos, não o contrário”; portanto, falar em “poder de polícia” não é mais cogitar de mera faculdade estatal, mas de uma responsabilidade perante os cidadãos. Ensina que:

No Estado Democrático, o exercício do poder vincula e responsabiliza, porque nele os direitos fundamentais não se afiguram singelas ou estritas expressões de contrapartida dos direitos atribuídos ao Poder Público: configuram autênticos direitos fundadores do Estado. Por isso, nas relações de Direito Administrativo, os direitos fundamentais devem ser precipuamente promovidos e preservados. Sacrifícios razoáveis, por boas razões, mostram-se até admissíveis, contanto que não resultem do arbítrio supostamente “legalizado” pela ordem vigente. Dessa maneira, sempre que afetados os direitos fundamentais, por atos omissivos ou comissivos, cogente a pronta compensação e imediata cessação da prática nociva. Sem dúvida, restrições há – designadamente ao exercício dos direitos à propriedade e à liberdade – que se mostram plausíveis sem que o sacrifício seja de molde a exigir reparação indenizatória. Contudo, urge compreender que uma limitação não onerosa do exercício dos direitos apenas se justifica como derivação do imperativo maior de respeitar os direitos fundamentais na totalidade.

Chamamos a atenção para a expressão “totalidade”, tendo em conta que os direitos fundamentais, juntamente com o poder de polícia, fazem parte de um sistema jurídico, cabendo ao aplicador do Direito interpretá-los de forma harmoniosa.

Alexandre de Moraes ensina que “na visão ocidental de democracia, governo pelo povo e limitação de poder estão indissolúvelmente combinados”, isso porque o poder delegado pelo povo a seus representantes não é absoluto, mas limitado pelos direitos e garantias individuais e coletivas.³⁸⁴

Por sua vez, Canotilho destaca que os direitos de defesa dos cidadãos possuem uma dupla função:

constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; e implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdades positivas) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdades negativas).³⁸⁵

³⁸³ FREITAS, Juarez. Poder de polícia administrativa e o primado dos direitos fundamentais. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (coord.). *Direito Público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.401.

³⁸⁴ MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 56.

³⁸⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5.ed. Coimbra: Almedina, 1991. p.541.

Nesse sentido, é comum ouvir que os direitos fundamentais possuem um conteúdo essencial. O Ministro Celso de Mello, no “caso Ellwanger”,³⁸⁶ fez menção a essa ideia nos seguintes termos:

Entendo que a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo STF, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, *hic et nunc*, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina.

Virgílio Afonso da Silva esclarece que, mesmo quando o Supremo Tribunal Federal não faz menção expressa a “conteúdo essencial” ou “núcleo essencial” dos direitos fundamentais, a ideia é utilizada em um sem-número de julgados, quando alguns votos ressaltam, por exemplo, que “na ponderação de valores contrapostos, [...] a restrição imposta nunca pode chegar à inviabilização de um deles” (ADI 1.969 – Ementário STF 2.142, 282 (319) – voto Min. Sepúlveda Pertence); ou que “ [...] a garantia constitucional da ampla defesa tem, por força direta da Constituição, um conteúdo mínimo essencial, que independe da interpretação da lei ordinária que a discipline” (RE 427.339 – DJU 27.5.2005); ou, ainda, quando se fala em um direito a um “mínimo existencial” (ADPF 45 – DJU 4.5.2004).³⁸⁷

Carlos Ari Sundfeld, na doutrina, também, faz menção ao “princípio da mínima intervenção estatal na vida privada”, o que exigiria, entre outras coisas, que a interferência estatal não atingisse “o conteúdo essencial de algum direito fundamental”.³⁸⁸

Virgílio Afonso da Silva pondera “que direitos, em geral, contenham um conteúdo mínimo pode ser algo intuitivo, que decorre da própria noção de que, sem a garantia desse mínimo, a garantia do próprio direito seria de pouca valia”.³⁸⁹ Todavia, podemos fazer como o referido autor e chamar a atenção para a existência de questões extremamente complexas, ligadas a essa ideia simples, que não podem passar despercebidas nem pela doutrina, nem pela jurisprudência.

Odete Medauar afirma que algumas hipóteses emergem no tocante aos direitos fundamentais:

³⁸⁶ STF, HC 82.424/RS, Pleno, rel. Min. Maurício Correa, m.v, j. 17-09-2003, DJ 19-03-2004, p. 17. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, n. 188, p. 856-869, p. 858.

³⁸⁷ SILVA, Luís Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p.22.

³⁸⁸ SUNDFELD, Carlos Ai. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 67.

³⁸⁹ SILVA, Luís Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 23.

a) Existe lei disciplinadora do direito fundamental. Neste caso, o poder de polícia é limitado pelos preceitos da lei, não se admitindo prescrição mais rigorosa que a da lei; as restrições da lei devem ser interpretadas de modo restrito, isto é, no sentido mais favorável ao exercício do direito. Por vezes a lei confere à autoridade administrativa a faculdade de agravar disposições da lei, em casos especiais, mas sempre de modo temporário.

b) Inexiste lei disciplinadora do direito fundamental. Neste caso, observadas as regras de competência, a medida de polícia, sempre fundamentada no interesse público, deve ser: b1) necessária, isto é, exigida ante as circunstâncias, para evitar conflitos, desordens, perigo à integridade de pessoas e bens; b2) eficaz, isto é, adequada para evitar perturbações; b3) proporcional à gravidade da possível perturbação; por exemplo: em locais de grande afluxo de pessoas são impostas restrições mais amplas que em locais sem nenhum afluxo de pessoas; em geral medidas temporárias podem ser mais rigorosas que medidas gerais e permanentes.³⁹⁰

A análise de alguns casos concretos propiciará um esclarecimento do limite referente aos direitos fundamentais.

6.4.1 Violação de domicílio para combate à dengue

Divergências surgem sobre a autoexecutoriedade, no caso de adoção de medidas preventivas de proteção e defesa da saúde (como no caso da dengue), quando envolver o acesso dos agentes públicos aos ambientes privados, como habitações e estabelecimentos, hipótese em que as autoridades administrativas esbarram no direito fundamental do ser humano à inviolabilidade do domicílio, tal como previsto no artigo 5º, inciso XI, da Constituição:

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.

A Constituição brasileira de 1988 qualificou a proteção e defesa da saúde como interesse público a ser perseguido pelo Estado. A ele incumbe “cuidar da saúde” (art.23, II- competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios), fazer a “proteção e defesa da saúde” (art. 24, XII- competência legislativa concorrente da União e Estados) ou garantir a saúde, direito de todos, “mediante políticas sociais e econômicas” (art. 196). Isso envolve, segundo a Lei Maior, entre outras, a atribuição de “executar as ações de vigilância

³⁹⁰MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p 348-349.

sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador” (art. 200, II- competências do Sistema Único de Saúde).

A Lei Orgânica da Saúde – Lei Federal n. 8.080 de 19 de setembro de 1990 – entende por vigilância epidemiológica “um conjunto de ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças e agravos” (art. 6º, § 2º). E as ações de vigilância epidemiológica estão reguladas na Lei Federal n. 6.259, de 30/10/75, particularmente nos artigos 11, 12 e 13.³⁹¹

Resta evidente que esse conjunto normativo, de nível constitucional e legal, é capaz de suportar juridicamente medidas interventivas, tais como o ingresso de agentes sanitários nos ambientes privados.

Diante desse contexto legislativo, Carlos Ari Sundfeld registra:

A lei não contém um rol exaustivo das medidas inseridas na autorização, mas é clara ao definir seu escopo (o controle de doenças) e seu âmbito de incidência (os indivíduos, os grupos e o ambiente). A indicação das exatas medidas a adotar foi, pela lei, transformada em questão técnica, a ser resolvida a partir de juízos de discricionariedade técnica. Pela lógica normativa, para legitimar o ingresso compulsório em ambientes privados basta a demonstração de que se trata de medida indispensável ao controle dos vetores transmissores das moléstias infecciosas. Segundo os especialistas, é esse o caso da dengue, transmitida pelo mosquito ‘Aedes

³⁹¹ **Art 11.** Recebida a notificação, a autoridade sanitária é obrigada a proceder à investigação epidemiológica pertinente para elucidação do diagnóstico e averiguação da disseminação da doença na população sob o risco.

Parágrafo único. A autoridade poderá exigir e executar investigações, inquéritos e levantamentos epidemiológicos junto a indivíduos e a grupos populacionais determinados, sempre que julgar oportuno visando à proteção da saúde pública.

Art 12. Em decorrência dos resultados, parciais ou finais, das investigações, dos inquéritos ou levantamentos epidemiológicos de que tratam o artigo 11 e seu parágrafo único, a autoridade sanitária fica obrigada a adotar, prontamente, as medidas indicadas para o controle da doença, no que concerne a indivíduos, grupos populacionais e ambiente.

Art 13. As pessoas físicas e as entidades públicas ou privadas, abrangidas pelas medidas referidas no artigo 12, ficam sujeitas ao controle determinado pela autoridade sanitária.

A seu turno, a **Lei 6.437, de 20/08/77**, que configura infrações à legislação sanitária federal, estabelece as sanções respectivas, e dá outras providências, **estatui:**

Art . 10. São infrações sanitárias:

VII - impedir ou dificultar a aplicação de medidas sanitárias relativas às doenças transmissíveis e ao sacrifício de animais domésticos considerados perigosos pelas autoridades sanitárias:

pena - advertência, e/ou multa;

X - obstar ou dificultar a ação fiscalizadora das autoridades sanitárias competentes no exercício de suas funções:

pena -advertência, intervenção, interdição, cancelamento de licença e/ou multa; (Redação dada pela Lei nº 9.695 de 1998)

XXIV - inobservância das exigências sanitárias relativas a imóveis, pelos seus proprietários, ou por quem detenha legalmente a sua posse:

pena - advertência, intervenção, interdição, cancelamento de licença e registro e/ou multa; (Redação dada pela Lei nº 9.695 de 1998)

aegypti', que prolifera em recipientes como pneus, garrafas, vãos de plantas, calhas e piscinas existentes nos ambientes privados.³⁹²

Salienta Carlos Ari Sunfeld que,

caso, por apego à literalidade da regra, se queira obter essa autorização- até por cautela, visto o rigor da sanção penal contra a violação de domicílio (Código Penal, art.150)- o requerimento poderá ser genérico, englobando a totalidade dos imóveis a vistoriar, já que a causa da medida é o combate universalizado a uma epidemia, não qualquer circunstância ligada a uma casa em particular. Não é preciso que a autoridade comprove previamente a resistência do morador, pois a causa do pedido não é a recusa, mas o combate aos focos do mosquito transmissor, a possibilidade de violação do domicílio para necessidade de entrar.³⁹³

No caso específico em questão, frente à urgência da adoção imediata de medidas para realizar a fiscalização, a violação do domicílio para combate à dengue foi examinada sob o aspecto jurídico. Nesse sentido, vários doutrinadores foram chamados a se manifestar sobre a possibilidade de os agentes de combate à dengue entrarem nos imóveis, mesmo sem autorização dos proprietários. Todos se manifestaram pela possibilidade de ingresso, porém como medida excepcional, para combater a doença que afetava toda a coletividade e, portanto, a ordem pública.

Para Plauto Faraco de Azevedo,³⁹⁴ o problema apresentava duas dificuldades: a primeira, em virtude do caráter individualista da moderna proteção do direito à liberdade e à propriedade, forjada no Estado liberal e ainda não moldada, no Ocidente, pela função social da propriedade e pelos limites da liberdade,³⁹⁵ obstando seu exercício contra interesse comum;

³⁹² SUNDFELD, Carlos. Vigilância epidemiológica e direitos constitucionais. In: Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. *Programa Nacional de Controle da Dengue: amparo legal à execução das ações de campo - imóveis fechados, abandonados ou com acesso não permitido pelo morador.* - Brasília: Fundação Nacional de Saúde, 2002. p. 70.

³⁹³ SUNDFELD, Carlos. Vigilância epidemiológica e direitos constitucionais. In: Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. *Programa Nacional de Controle da Dengue: amparo legal à execução das ações de campo - imóveis fechados, abandonados ou com acesso não permitido pelo morador.* - Brasília: Fundação Nacional de Saúde, 2002, p. 75 - 76.

³⁹⁴ AZEVEDO, Plauto Faraco de. Controle sanitário e liberdade individual. In: Brasil. Fundação nacional de Saúde. (Org.). *Programa Nacional de Controle da Dengue: amparo legal à execução das ações de campo - imóveis fechados, abandonados ou com acesso não permitido pelo morador.* Brasília: Fundação Nacional de Saúde, 2002, p. 23-29. p. 25

³⁹⁵ Dalmo de Abreu Dallari, (Normas gerais sobre saúde: cabimento e limitações . In: Fundação Nacional de Saúde. (Org.). *Programa Nacional de Controle da Dengue: amparo legal à execução das ações de campo - imóveis fechados, abandonados ou com acesso não permitido pelo morador.* Brasília: Fundação Nacional de Saúde, 2002, v.1 , p. 41-54., p. 51), analisou o tema sob o enfoque da competência atribuída a cada ente estatal pela Constituição e citou jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, conhecida como caso *Jacobson vs. Massachussets* sustentando a validade da lei sobre vacinação compulsória contra varíola, sob o argumento de que: “a liberdade assegurada pela Constituição dos Estados Unidos a todas as pessoas sob sua jurisdição não significa o direito absoluto de toda pessoa ser, em todos os tempos e em todas as circunstâncias, completamente livre de qualquer restrição. Existem múltiplas restrições às quais toda pessoa está necessariamente sujeita, em benefício do bem comum. Sobre outras bases a sociedade organizada não poderia

a segunda, pelo vício doutrinário no trato formal do direito positivo. Para solucionar o segundo dilema, socorreu-se das lições de François Géný, no sentido de que o jurista deve alargar seu horizonte “até a procura de uma justiça superior que permaneça humana por seu contato com as realidades do meio social [...]”.³⁹⁶ E, para a solução do primeiro, socorreu-se de Canotilho, dentre outros, para afirmar a necessidade de ponderação dos valores protegidos e que a liberdade só existe se observados certos limites, pois “liberdade irrestrita conduz ao libertídio”.³⁹⁷ Conclui que:

Os atos administrativos sanitários deverão ater-se à proporcionalidade necessária entre a ação visada e os fins visados. A mesma autoridade sanitária, auxiliada pela força pública, que execute atos necessários à entrada em prédios particulares, deverá velar para que tais atos não excedam os limites da razoabilidade para a consecução dos fins visados. A propriedade tem que ser salvaguardada, exceto no indispensável à ação sanitária.³⁹⁸

Ao tratar especificamente do dever do Poder Público de realizar a vigilância epidemiológica e a inviolabilidade do domicílio, Carlos Ari Sundfeld conclui que o acesso compulsório aos ambientes privados pelos agentes da vigilância epidemiológica não depende de autorização judicial, sendo possível, após a expedição de edital que fixe o prazo para o cumprimento da medida (de permitir a entrada dos agentes), existir a “execução forçada”.³⁹⁹

Trata-se, como se vê, do atributo da auto-executoriedade junto a uma limitação administrativa cujo fundamento não é o reconhecimento *a priori* deste caráter, mas uma situação concreta que, para o autor citado, evidencia suficientemente a urgência diante de informações inequívocas de que se desenvolve em certas residências um foco de uma doença que com facilidade pode propagar-se.

Do ponto de vista jurisprudencial, vários são os precedentes judiciais do Supremo Tribunal Federal no sentido de que

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

existir com plena segurança para seus membros” (DELMAS-MARTY, Mireille; LEYSSAC, Claude Lucas de. *Liberte et droit fondamentaux*. Paris: Du Seuil, 1996, p. 17.)

³⁹⁶ AZEVEDO, Plauto Faraco de. Controle sanitário e liberdade individual. In: Brasil. Fundação nacional de Saúde. (Org.). *Programa Nacional de Controle da Dengue: amparo legal à execução das ações de campo - imóveis fechados, abandonados ou com acesso não permitido pelo morador*. Brasília: Fundação Nacional de Saúde, 2002, p. 23-29. p.26.

³⁹⁷ AZEVEDO, Plauto Faraco de. Controle sanitário e liberdade individual. In: Brasil. Fundação nacional de Saúde. (Org.). *Programa Nacional de Controle da Dengue: amparo legal à execução das ações de campo - imóveis fechados, abandonados ou com acesso não permitido pelo morador*. Brasília: Fundação Nacional de Saúde, 2002, p. 23-29, p. 26.

³⁹⁸ *Ibidem*, p. 27.

³⁹⁹ SUNDFELD, Carlos. Vigilância epidemiológica e direitos constitucionais. In: Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. *Programa Nacional de Controle da Dengue: amparo legal à execução das ações de campo - imóveis fechados, abandonados ou com acesso não permitido pelo morador*. - Brasília: Fundação Nacional de Saúde, 2002. p. 75-76.

indivíduo. [...] Trata-se de uma ponderação de interesses, destinada a verificar, por um lado, a importância social da finalidade objetivada, e, de outro, a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.⁴⁰⁰

O objeto deste estudo é exatamente procurar encontrar o ponto de equilíbrio entre os mandamentos constitucionais de proteção da liberdade individual frente à exigência, igualmente constitucional, de proteção e defesa da saúde pública. Assim, a primeira questão que se propõe é a seguinte: é viável constitucionalmente o Estado impor às pessoas o dever de suportar o ingresso de agentes sanitários nos ambientes privados? Qual a reação do Estado diante da frustração desse ingresso, seja por resistência, seja por ausência do morador?

O pressuposto lógico é o da existência de ordenação administrativa que torna possível a aceitação da sujeição dos indivíduos à autoridade pública. Entretanto, o que fundamenta essa sujeição individual é o proveito coletivo, ou seja, o interesse público. Essa sujeição individual, porém, só pode ser imposta na medida em que respeita o limite da liberdade individual.

Diante de qualquer intervenção ordenadora, é preciso indagar se há um interesse público, normativamente definido, que a justifique, e se ela respeita o conteúdo necessário dos direitos individuais.

É dessa maneira que se vai verificar a legitimidade do ingresso dos agentes sanitários incumbidos do combate à dengue, em ambientes privados.

Quando o Direito atribui ao Estado o dever de zelar por um determinado valor, está implicitamente definindo-o como interesse público, o qual legitima a atuação estatal. Todavia, para que esse direito prevaleça sobre outro, que com ele se choque, é necessário que esse interesse seja tão forte que justifique essa prevalência.

Embora se reconheça o respaldo legal existente, permanece a dificuldade para definir se essa medida atinge de modo impróprio direito individual. Surgem, aí, algumas questões fundamentais. Essa intervenção estatal atinge o conteúdo mínimo de um direito individual? Há reserva legal para isso? É constitucionalmente permitida a aplicação da medida por ato administrativo, sem autorização judicial?

Trata-se aqui de um sopesamento de interesses. No caso vertente, o direito à liberdade está intimamente ligado ao exercício do direito de propriedade, visto que há proprietários que se negam a colaborar com a ação sanitária e impedem a visita dos agentes sanitários voltados

⁴⁰⁰ SUNDFELD, Carlos. Vigilância epidemiológica e direitos constitucionais. In: Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. *Programa Nacional de Controle da Dengue: amparo legal à execução das ações de campo - imóveis fechados, abandonados ou com acesso não permitido pelo morador.* - Brasília: Fundação Nacional de Saúde, 2002. p. 71.

a debelar a doença. Tal atitude impede que se efetue a proteção e defesa da saúde pública, pondo, sem qualquer dúvida, em perigo o bem comum ou bem de todos, que só se pode realizar mediante a ação eficaz das autoridades sanitárias.

Notamos que há uma dificuldade em aceitar o caráter social da propriedade e os limites da liberdade, quando exercida contra o interesse comum.

Neste caso, pode ser necessária a escolha entre os direitos fundamentais, salientando-se que a liberdade irrestrita pode levar ao excesso. No caso, o não permitir a entrada dos agentes sanitários na propriedade importa em seu exercício ilegítimo. Volta-se contra aquele que assim o exerce, contra a sua própria existência, de sua família e da sociedade.

Muitas vezes, os direitos fundamentais estão relacionados uns com os outros, sem que uns prevaleçam sobre os outros. O que acontece, entretanto, em determinadas circunstâncias, é que uns devem limitar-se de modo a salvaguardar os outros. É o que ocorre com a liberdade, quando confrontada com a necessidade de proteção e defesa da saúde pública. Só assim é possível dar eficácia aos preceitos constitucionais dos artigos 196, 197 e 200, II, da Constituição Federal. Sendo a saúde direito de todos e dever do Estado e sendo as ações e os serviços a ela referentes de *relevância pública* e competindo ao Sistema Único de Saúde *executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológicas*, tais dispositivos só podem ser efetivados mediante a restrição à liberdade e à propriedade, nos limites indispensáveis à contenção da dengue.

O acesso compulsório aos ambientes privados pelos agentes sanitários incumbidos do programa de combate à dengue não depende de autorização judicial a que se refere o artigo 5º, XI, da Constituição Federal, conforme vasta jurisprudência⁴⁰¹ firmada pelo Supremo Tribunal Federal.

Quanto à questão da reserva legal, havia a previsão, na antiga ordem constitucional, de que a lei poderia cuidar de casos de ingresso no domicílio, disciplinando a respectiva forma, o que ensejava debate quanto à existência, ou não, da reserva legal. Esse entendimento

⁴⁰¹ Nesse sentido: 1) “Legitimidade do ingresso da autoridade sanitária (em prédio particular) a fim de desinfetar e determinar a limpeza e os reparos necessários” (STF, Agravo Cível 1.211, Antonio José da Fonseca Moreira X União Federal, j. 1.12.1909). 2) “Não constitui constrangimento ilegal contra Roberto Francisco Bernardes o fato de ter este, afetado de peste bubônica, sido removido para o hospital de São Sebastião, mormente quando a respeito foram observadas prescrições da lei da higiene administrativa”. (STF, HC 2.642, paciente Roberto Francisco Bernardes, j. 9.12.1908). 3) “PROCESSO CIVIL – Obrigação de fazer, com pedido de liminar – Indeferimento da inicial – Art. 295, III, CPC – Proprietário que se nega a atender as normas de higiene e saúde, para a retirada do material reciclável e lixo em decomposição, mais a detetização e completa limpeza do imóvel – Poder de Polícia administrativa – Atributo da Auto-executoriedade de seus atos – Não há a necessidade de intervenção judicial para a execução das medidas necessárias, visando o interesse coletivo – Sentença mantida. Recurso improvido. (TJSP. 6ª Câmara. Dir. Público. Apelação Cível nº714.872.5/8-00. Apelante: Prefeitura Municipal de Tatuí. Apelado: Joaquim Marques dos Santos. Relator Des. Carlos Eduardo Pachí. j. 11.8.2008.)

desapareceu na Constituição de 1988, de modo que a questão passou a sujeitar-se à regra geral de legalidade do artigo 5º, II, da Constituição, segundo a qual as restrições à liberdade são viáveis quando feitas “em virtude de lei”, não precisando ser necessariamente feitas “pela própria lei”. A legislação atual é, portanto, suficiente.

Existem, no entanto, limitações ao uso de força para a execução da restrição imposta, pois, no Estado de Direito, a autoridade policial não pode agir de forma arbitrária, desconhecendo o princípio de legalidade, que é noção fundamental do moderno Direito Administrativo. O uso da força está condicionado a necessidades muito claras da manutenção da ordem e da tranquilidade públicas e deverá ser considerado, sempre, como absoluta exceção. Nenhuma restrição à liberdade individual deverá exceder jamais a medida absolutamente necessária à preservação da ordem e da segurança públicas.

Dinorá Grotti adverte que há entendimento doutrinário,⁴⁰² no sentido de que a Constituição Federal de 1988 arrolou de forma exaustiva todas as formas de violação de domicílio. Assim, mesmo nos casos de urgência, não estaria a administração pública legitimada a ingressar no domicílio privado, sem um mandado judicial.

Na verdade, a reserva jurisdicional, no texto, parece plena. A competência para o juiz autorizar ou não a penetração no domicílio vem da Constituição, que é a Lei Maior. Assim, o exercício dessa competência, pelo juiz, não depende de lei ordinária, o que significa dizer que, em cada caso concreto, o juiz decide e atua.⁴⁰³

Pondera a jurista que, sem dúvida, haverá casos de invasão de domicílio sob o pretexto de que a medida era extremamente urgente para a proteção do interesse público e de que não era possível a determinação judicial, sem sacrifício ou risco para a coletividade, ou sob pena de perecimento dos valores sociais resguardados através das medidas de polícia.

Nesses casos, Dinorá Grotti conclui que, diante dos vários interesses que estão em disputa, caberá

à autoridade pública, diante de cada caso concreto, decidir qual o interesse que, dentro de uma escala de valores, deve ser melhor preservado. Em

⁴⁰² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Inviolabilidade do domicílio na constituição*. São Paulo: Malheiros, 1993. p.125. A autora cita lições de José Cretela Júnior e de Celso Ribeiro Bastos no sentido de que “é forçoso reconhecer que deixou de existir a possibilidade de invasão por decisão de autoridades administrativas, de natureza policial ou não. Perdeu, portanto, a Administração a possibilidade da autoexecutoriedade administrativa; mesmo em casos de medida de ordem higiênica ou de profilaxia e combate às doenças infectocontagiosas, ainda assim é necessária uma ordem judicial para invasão” (*Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Saraiva. 1989, v. 2, p. 184)

⁴⁰³ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Inviolabilidade do domicílio na constituição*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 121.

muitos casos, quiçá, a omissão do Poder Público pode gerar conseqüências muito mais graves do que a sua atuação.⁴⁰⁴

Diante desse panorama, a conclusão primeira a que chegamos é a da necessidade de analisar cada caso concreto e os interesses que estão em jogo e, depois de uma análise ponderada, optar pela opção mais razoável.

6.4.2 A autoexecutoriedade do poder de polícia e a dignidade da pessoa humana

Já se tornou célebre, no âmbito do direito administrativo francês, o caso do “arremesso de anões”, em que o Conselho de Estado Francês considerou a dignidade da pessoa humana como elemento inerente à ordem pública, enquanto interesse público justificador do exercício do poder de polícia administrativa.

O Prefeito da cidade francesa de Morsang-sur-Orge, movido pela natural repugnância à iniciativa consistente de transformar um anão em projétil a ser arremessado pela platéia de um ponto a outro da casa de diversão, interditou o espetáculo, valendo-se de sua condição de guardião da ordem pública na órbita municipal.

O ato de interdição teve como fundamento o Código dos Municípios, norma de âmbito nacional que disciplina o exercício da ação administrativa estatal no plano municipal, atribuindo ao Prefeito o exercício do poder de polícia no município, podendo intervir em atividades ou limitar o exercício de direitos sempre que necessário à preservação da ordem pública.

Insatisfeita, a empresa interessada, em consórcio ativo com o deficiente físico em causa, ajuizou ação perante o Tribunal Administrativo de Versailles, visando a anular o ato do Prefeito.

Em primeira instância, os autores obtiveram êxito, já que a corte administrativa julgou procedente o recurso e anulou o ato do Prefeito, entendendo que o espetáculo objeto da interdição não tinha, por si só, o condão de “perturbar a boa ordem, a tranqüilidade ou a salubridade públicas”.

Ao examinar o caso em grau de recurso, o Conselho de Estado reputou a atividade como ofensiva à dignidade do homem, descartando qualquer qualificação da interdição como

⁴⁰⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Inviolabilidade do domicílio na constituição*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 127.

ofensiva aos princípios da liberdade de trabalho e de comércio ou indústria. Considerou-se legítima a correlação mantida entre o motivo e o provimento de interdição, uma medida grave de polícia administrativa.

Essa decisão caracteriza uma limitação clara à liberdade individual e à liberdade de iniciativa. Note-se que os argumentos da pessoa física envolvida no caso eram em princípio irrespondíveis. Ele alegou, em sua defesa, que aderira “voluntariamente” ao programa, mediante remuneração. Logo, não havia por que se dizer que aquela era uma atividade aviltante, pelo menos sob o ângulo da sua dignidade pessoal. Ao contrário, na condição de desempregado e ainda inferiorizado no mercado de trabalho em razão da própria deficiência física, aquela atividade era para ele nada mais do que um meio de sobrevivência como outro qualquer. Proibi-lo de exercê-la significava, portanto, do seu ponto de vista pessoal, a privação do gozo de um direito inalienável: o direito ao trabalho. Alegou, ainda, que não há dignidade, quando não se dispõe dos meios elementares de subsistência.

Da parte da empresa também eram relevantes os argumentos, na medida em que a atividade por ela patrocinada era lícita e conforme as normas de preservação da ordem pública, isto é, dela não resultava risco de ocorrência de distúrbios de ordem material, sobretudo porque realizada em recinto fechado. Ademais, tratava-se de atividade semelhante a várias outras legalmente admitidas (a exploração de anões em espetáculos circenses, na televisão, etc.).

Todavia, o Conselho de Estado entendeu que, em si mesma, aquela atividade era atentatória à dignidade da pessoa humana, podendo a Administração proibi-la através de medida de polícia administrativa, pouco importando o fato de que o anão aderira voluntariamente ao programa, frequentara cursos de treinamento para o espetáculo e tinha naquilo a sua única fonte de sustento.

O aspecto inovador da decisão reside no fato de que, tradicionalmente, o poder público usa o seu poder de polícia para cercear direitos ou proibir atividades, quase sempre com vistas a proteger o cidadão contra a ação abusiva de outros cidadãos e até mesmo da própria Administração. A decisão em comento consagrou um novo tipo de intervenção do poder de polícia: a que visa a proteger o indivíduo contra si próprio, medida de polícia administrativa cuja motivação é semelhante àquela de onde são extraídas imposições tais como as que obrigam motociclistas e condutores de veículos a usar capacetes e cintos de segurança, protegendo-os contra a sua própria imprudência.

Tal decisão, dadas as peculiaridades do direito público francês, especialmente no que tange ao sistema de controle de constitucionalidade adotado naquele país, foi proferida sem

qualquer menção, em sua fundamentação, à Constituição do país, rígida e bastante sucinta. O seu texto, isoladamente considerado, certamente não oferece base segura para uma construção jurisdicional tal como a que foi exposta. Disso resulta que, não raro, a lei é declarada inconstitucional não por afrontar um dispositivo expresso da Constituição em vigor, mas por ser contrária a um princípio inserido no Preâmbulo da Constituição de 1946 ou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão promulgada em 1789.

Bastante diferente é a situação referida se a examinarmos à luz da nossa Lei Magna, em que a dignidade da pessoa humana está inserida no artigo 1º, III, da Constituição Federal, que trata dos Princípios Fundamentais da República Federativa do Brasil, ou seja, antes da parte que cuida dos Direitos e Garantias Fundamentais (artigo 5º). Há também que ser respeitado o direito fundamental alegado pelo referido anão, da liberdade individual e liberdade de iniciativa.

O que se destaca é que estão presentes dois direitos fundamentais a serem preservados. Como fundamentar essa decisão? Indagamos então: qual o bem maior a ser protegido? Contra o quê?

Embora o referido anão tenha direito à liberdade de agir, direito ao trabalho, será que não há um bem maior a ser preservado? Acima dessa liberdade, está a dignidade da pessoa humana, que deve que ser respeitada até mesmo contra a sua própria vontade. Essa é a obrigação do poder público: zelar pela dignidade da pessoa humana. Como salienta Alexandre de Moraes,

a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável pela própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar.⁴⁰⁵

Além da própria pessoa diretamente envolvida na questão, cabe à Administração Pública coibir de forma urgente e imediata a ação dos demais envolvidos naquela situação aviltante e indigna para o ser humano, tornando, portanto, caracterizada a necessidade da autoexecutoriedade do poder de polícia. A atitude da plateia, ao assistir ao arremesso do anão de um lado a outro da casa de diversão e vibrar com isso, é altamente indigna e repulsiva, exigindo uma ação urgente e imediata por parte do poder público.

Não se pode tolerar que, a pretexto de se tratar de uma modalidade de trabalho ou forma de sustento, toda uma classe de pessoas (no caso os anões, ou pessoas com nanismo,

⁴⁰⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p.48.

também conhecido como Síndrome de Ellis-van Creveld) seja vista de forma inferiorizada, com gracejos maldosos que abalam a autoestima de todo o conjunto de pessoas que possuem essas características.

Importa também destacar a importância da proporcionalidade que deve nortear a ação do administrador em relação aos direitos que estão em jogo: a liberdade de trabalho de um lado e a proteção à dignidade da pessoa humana de outro.

A situação demonstra, com elevada pertinência, como a ponderação administrativa se justifica e se norteia pela proteção da dignidade humana – valor supremo da ordem jurídica democrática⁴⁰⁶ – em casos em que há interferência administrativa envolvendo direitos fundamentais. A medida administrativa mostra-se, no caso francês, além de idônea, necessária, já que a paralisação total e permanente da atividade era o único meio para fazer cessar a ofensa ao bem jurídico. Também se deve reputá-la ponderada, na medida em que, na comparação dos bens jurídicos em jogo, haveria de dar-se evidente primazia à realização da dignidade da pessoa humana em contraposição aos demais. Acolhe-se, pois, a advertência precisa de Daniel Sarmiento ao acentuar que “nenhuma ponderação pode implicar em amesquinamento da dignidade da pessoa humana, uma vez que o homem não é apenas um dos interesses que a ordem constitucional protege, mas a matriz axiológica e o fim último desta ordem”.⁴⁰⁷

A nosso ver, tal decisão mostra-se totalmente de acordo com o atual momento de constitucionalização da Administração Pública, que tenta concretizar os valores consagrados na Constituição com fundamento nos princípios fundamentais.

⁴⁰⁶ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da Democracia. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998. p. 91.

⁴⁰⁷ SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 76.

7 O controle pelo Poder Judiciário

Ao longo do trabalho, buscamos apontar fundamentos jurídicos para a Administração Pública desempenhar sua função administrativa no exercício do poder de polícia e, assim, praticar atos autoexecutórios, sem necessitar se socorrer do Poder Judiciário.

Tal atividade, como vimos, encontra limites bem definidos. Isso não significa que o administrado não possa se socorrer do Poder Judiciário toda vez que se sentir ameaçado ou tiver violado um direito seu.

A Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso XXXV, assegura que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Por isto, se a lei, instrumento legítimo de manifestação de poder em um Estado Democrático de Direito não pode fazer esse tipo de limitação, por muito maior razão a vedação é extensiva à Administração ou a qualquer outra pessoa ou órgão.

O controle pelo Poder Judiciário é fundamentado no próprio Estado de Direito, pois de nada adiantaria dizer que a Administração Pública deve atuar sob o manto da legalidade, “se os 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”.⁴⁰⁸

Nesse contexto, o Judiciário poderá exercer o controle desses atos de forma prévia, concomitante ou posterior à realização da execução administrativa.

O controle prévio ou o concomitante se tornam possíveis porque, antes da prática do ato executório, a Administração Pública deverá intimar o particular para que cumpra a obrigação imposta. Dessa forma, e à luz do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, abre-se a possibilidade de o particular se socorrer dos remédios constitucionais, como, por exemplo, do *habeas corpus*, do mandado de segurança, da ação popular e da ação civil pública, ou ainda, das ações ordinárias, para provocar o controle judicial daquele ato.

O controle posterior, por sua vez, será realizado de forma a buscar reparação por prejuízos sofridos em decorrência da prática de um ato ilícito, observando que a Administração, nessa situação, responderá de forma objetiva (art. 37, §6º, da Constituição Federal).

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello sustentava que o

[...] princípio da auto-executoriedade dos atos administrativos impõe aos particulares, como preliminar, o dever de obedecer e só lhes permite,

⁴⁰⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 743.

posteriormente, recorrer. Faz parte com não haja, por assim dizer, ‘solução de continuidade’ entre a determinação administrativa e a sua execução.⁴⁰⁹

Na análise dos princípios constitucionais que limitam a autoexecutoriedade dos atos de polícia, sempre colocamos que cada caso deve ser analisado de forma individualizada, pois somente assim será possível a correta ponderação dos interesses que estão em disputa.

Será, no controle exercido pelo Poder Judiciário, que melhor se verificarão as particularidades de cada caso em concreto. O Judiciário, além da verificação do cumprimento do devido processo legal e do respeito aos direitos adquiridos, terá competência para verificar a razoabilidade, a proporcionalidade e a moralidade do ato específico, pois, em última análise, estará realizando um controle de legalidade do ato.

Interessante, ainda, analisar os casos em que ocorre a omissão da Administração Pública. Aqui, uma primeira observação seria a de que se não atuou, nada causou. Porém, diante de uma competência vinculada, a Administração não teria como opção válida deixar de atuar e, assim fazendo, pode ser provocada judicialmente para tomar as medidas legais.

Outra questão importante a ser analisada neste capítulo é verificar se a autoexecutoriedade é uma faculdade que a Administração possui ou se, nos casos em que prevista, ela vincula o agente público.

Esse ponto apresenta importância no cenário jurídico, em razão de, adotada a primeira posição, ser possível à Administração se socorrer do Poder Judiciário para implementar coativamente a obrigação, e, adotada a segunda posição, não ter a Administração essa possibilidade, pois careceria de interesse processual, uma vez que a lei lhe impõe um dever de agir.

A doutrina e a jurisprudência não são pacíficas nesse ponto.

Hely Lopes Meirelles, com base em jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, entende que “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”.⁴¹⁰

Para ele, o artigo 287, que prevê a ação cominatória, e o artigo 934, que trata da nunciação de obra nova, ambos do Código de Processo Civil, não impedem a prática de atos autoexecutórios no desempenho de função administrativa, isso porque a via judicial seria apenas uma faculdade do Poder Público, que poderia utilizá-la se assim preferisse. Para

⁴⁰⁹ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007, v. I, p. 615.

⁴¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atualizadores: Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.139.

fundamentar seu posicionamento, o autor cita entendimento do Supremo Tribunal Federal (RF 124/438).

Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁴¹¹ e para parte da jurisprudência,⁴¹² a autoexecutoriedade dos atos administrativos também é uma faculdade da Administração.

Outra posição que aparece na jurisprudência sustenta que impedir a Administração Pública de se socorrer do Poder Judiciário viola regra constitucional, a qual dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso XXXV).

São exemplo desse caso as ações propostas pelo Poder Público para defender a sua posse sobre imóvel esbulhado por particular. Em primeira instância, as ações são extintas pela ausência de interesse processual, mas, em segunda, os tribunais afirmam que impedir o acesso ao Judiciário, sob o argumento de os atos administrativos possuírem a prerrogativa da autoexecutoriedade, viola não só o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, mas também o do devido processo legal.⁴¹³

⁴¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007, v. I, p. 616.

⁴¹² Por exemplo: a) “AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA PROMOVIDA POR MUNICÍPIO A FIM DE IMPEDIR QUE PARTICULAR CONSTRUA COM VIOLAÇÃO À LEI – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR, EM RAZÃO DO ATRIBUTO DA AUTOEXECUTORIEDADE INERENTE AO PODER DE POLÍCIA – POSSIBILIDADE EXPRESSA NO ART. 934, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – SENTENÇA ANULADA – REGULAR PROSSEGUIMENTO DO PROCESSO – RECURSO PROVIDO. O Código de Processo Civil, no seu art. 934, inciso III, define a legitimidade ativa do Poder Público para o manejo da ação de nunciação de obra nova nos conflitos com os particulares, para impedi-los de construir com desprezo às normas administrativas pertinentes às edificações. (TJMS. Apelação Cível nº2005.008892-0/0000-00. Apelante: Município de Dourados. Apelado: Omero Reys. Relator Des. Paschoal Carmello Leandro. j. 17.04.2007); b) “Ação cautelar – Artigo 888, VIII, do CPC – Princípio da autoexecutoriedade – Interesse de agir da Administração de valer-se do Poder Judiciário para a solução dos conflitos de interesses – recurso provido para afastar a extinção do processo. (TJSP. Apelação nº74.281.5/6-00. Apelante: Prefeitura Municipal de Ribeirão Preto. Apelada: Igreja Evangelista Assembléia de Deus. Relator Des. Toledo Silva. j. 26.07.2000); c) Ação Civil Pública – Cumprimento da Lei de Zoneamento – Princípio da autoexecutoriedade – Inexistência de irregularidade ou ilegalidade da Administração de valer-se do Poder Judiciário para a decretação do fechamento dos estabelecimentos irregulares – Consiste a autoexecutoriedade 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. (TJSP. Apelação nº120.074.5/0-00. Apelante: Prefeitura Municipal de São Paulo. Apelado: Ministério Público. Relator Des. Toledo Silva. j. 26.04.2000).

⁴¹³ AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL POR AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR – OFENSA AO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. – O impedimento de que o Poder Público se valha do processo judicial para defender a sua posse sobre imóvel esbulhado por particular, ao argumento de que tem a prerrogativa da autoexecutoriedade, caracteriza violação odiosa aos princípios constitucionais da inafastabilidade do Poder Judiciário e do devido processo legal, que têm eficácia plena e imediata e que, portanto, devem ser observados pelo aplicador do Direito. (TJMG. Apelação Cível nº1.0079.06.287683-8/0001. Apelante: Município de Contagem. Apelado: Valdecir Gomes da Silva. Relator Des. Eduardo Andrade. j. 30.01.2007). No mesmo sentido: REINTEGRAÇÃO DE POSSE – INVASÃO DE IMÓVEL PÚBLICO – MUNICÍPIO – EXISTÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR. Afigura-se plausível o interesse

Por último, existe a corrente que defende a autoexecutoriedade não como mera faculdade do Poder Público, mas, quando prevista em lei, como verdadeiro “poder-dever”, isto é, o administrador público está diante de uma competência vinculada.⁴¹⁴

Diego Figueiredo Moreira Neto esclarece:

o emprego da executoriedade, como um instrumento destinado a tornar efetiva a ação administração pública, não deve ser considerada como uma

processual ou de agir do Município de Contagem, tendo a necessidade e utilidade de buscar a via judicial para obtenção do bem jurídico pleiteado, no caso, a proteção possessória de imóvel público, objeto de invasão pelo particular. (TJMG. 6ª Câmara Cível. Apelação Cível nº1.0079.06.287566-5/001. Apelante: Município Contagem. Apelada: Maria do Carmo Torres. Relator Des. Edilson Fernandes. j. 13.03.2007). No mesmo sentido: a) AÇÃO DEMOLITÓRIA – AUTOEXECUTORIEDADE – AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR – INICIAL INDEFERIDA – PRERROGATIVA QUE NÃO IMPEDE O ACESSO JUDICIAL – BUSCA DE MAIORES GARANTIAS – RECURSO PROVIDO. Embora a administração seja dotada da prerrogativa de auto-executar seus atos, tal fato não a impede de demandar a tutela jurisdicional para que sejam conferidas maiores garantias processuais aos administrados que serão atingidas pelo ato administrativo. (TJMS. Apelação Cível nº2005.010978-1/0000-00. Apelante: Município de Dourados. Apelado: Sebastião Pereira Filho. Relator Des. Paschoal Carmello Leandro. j. 17.01.2006); b) “INICIAL – Indeferimento – Ação demolitória proposta por Municipalidade – Falta de interesse de agir – faculdade da Administração em optar pelo recurso ao Judiciário – Prosseguimento determinado. Recurso provido. (TJSP. Apelação Cível nº379.866-5/0-00. Apelante: Prefeitura Municipal de Santo André. Apelado: Anísio Evaristo. Relator Des. Evaristo dos Santos. j. 29.11.2004). c) “ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. DEMOLIÇÃO E DESOCUPAÇÃO DE CONSTRUÇÃO IRREGULAR EM RODOVIA FEDERAL. DNIT. INTERESSE DE AGIR. 1. Não se pode condicionar o interesse de agir à exigência de que a Administração esgote todos os meios coercitivos e coativos para a desocupação de área invadida na faixa de domínio de rodovia federal. 2. A auto-executoriedade permite à Administração executar determinados atos administrativos diretamente, sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário, contudo, não há óbice a que a ele se recorra, mormente quando a não lei lhe confere poderes expressos para consumá-los de forma direta, ficando esse poder reservado ao Judiciário, tal como ocorre com o DNIT, diante do art. 82 da Lei nº10.233/01. 3. Retorno dos autos ao Juízo de origem, para a citação da parte demandada, e o regular processamento do feito, a fim de se evitar a supressão de instância, uma vez que houve indeferimento da inicial. 4. Apelação parcialmente provida. (TRF da 5ª Região. 4ª Turma. Apelação Cível nº370219/RN (2005.84.00.006573-0). Apelante: DNIT – Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes. Apelado: Altamir Feliz da Silva. Relator Des. Federal Barros Dias. j. 24.10.2006). d) “CONSTRUÇÃO – Demolição pleiteada em ação civil pública fundada em ilicitude da obra – Ameaça de demolição pela Administração, no curso da demanda – Ilegalidade – Auto-executoriedade dos atos administrativos que não pode implicar preterição da ampla discussão que se trava naquela demanda – Ordem concedida para afastar a ameaça de demolição até final decisão da ação civil pública para afastar a ameaça de demolição até final decisão da ação civil pública – Recurso oficial provido em parte para incluir na sentença a ressalva da possibilidade da demolição por força de tutela de urgência que, eventualmente, venha a ser concedida pelo juízo da ação civil pública. (TJSP. 8ª Câmara. De Férias. Apelação Cível nº124.398.5/8. Apelante: Juízo *ex officio*. Apelado: Danilo Cesar Carlos Ghezzi e cônjuge. Relator Des. Antonio Villen. j. 31.01.2001.). e) “Petição inicial – Indeferimento – Inadmissibilidade – Ato administrativo – Interdição de atividade do administrado – Autoexecutoriedade – Interesse de agir presente – Para resguardar seus direitos, nada impede a Administração de valer-se da via judicial para a interdição – Manifesto interesse de agir, que não pode ser cercado pelo judiciário, sob pena de violação ao disposto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal – Recurso Provido.” (TJSP. Apelação Cível nº417.924.5/0-00. Apelante: Prefeitura Municipal de Jacareí. Apelado: J.C. Rodo Service Resgate. Relator Des. Toledo Silva. j. 5.10.2005).

⁴¹⁴ “AÇÃO DE NUNCIÇÃO DE OBRA NOVA – PEDIDO DE EMBARGO E DEMOLIÇÃO – CARÊNCIA DE AÇÃO – EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO – INTERESSE PROCESSUAL INEXISTENTE – RECURSO NÃO PROVIDO. A administração pública detém o poder de polícia, que é auto-executável, podendo embargar obra irregular, bem como proceder a sua demolição, considerando os termos da Lei Municipal, desde que seja assegurado administrativamente o devido processo legal. Daí a ausência de interesse processual do Município ao deduzir tal pretensão em Juízo. (TJMS. Apelação Cível nº2005.006379-1/0000-00. Apelante: Município de Dourados. Apelada: Joselva Evangelista Silva. Relator Des. Divoncir Schreiner Maranhão. j. 21.6.2005).

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.⁴¹⁵

Tal posicionamento doutrinário vem à baila, justamente porque a Administração Pública, em muitos casos, quer se socorrer do Poder Judiciário para ter uma garantia de que sua atuação está respaldada no ordenamento jurídico e, com isso, evitar sua responsabilização ou até mesmo do agente público.

Cumpra destacar, todavia, que o Judiciário não é um órgão de consulta para validar os atos do Poder Público e, por essa razão, as ações judiciais são julgadas sem resolução do mérito, pelo fundamento de falta de interesse processual.

Tal interesse se constata pela presença do binômio: necessidade e adequação. Ou seja, o provimento jurisdicional buscado deve ser uma medida necessária ao objetivo perseguido pela ação e essa deve ser adequada ao objetivo perseguido.

Muitos julgados,⁴¹⁶ apontando que a Administração Pública é, em última análise, detentora de função pública e, por isso, detentora de poder de polícia, dotado do atributo da autoexecutoriedade, decidem pela falta de interesse, pois a Administração não precisaria recorrer ao Poder Judiciário para efetivar as medidas pretendidas.⁴¹⁷

⁴¹⁵ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 144.

⁴¹⁶ EMENTA: ADMINISTRATIVO. AMEAÇA DE TURBAÇÃO EM RODOVIA FEDERAL. EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. AUTOTUTELA. DESNECESSIDADE DE PROVIMENTO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR. 1. A Administração Pública Federal tem o dever-poder de tutelar os seus bens públicos, utilizando-se, para tal finalidade, do exercício dos seus poderes de polícia, ou de autotutela, revestidos de autoexecutoriedade os atos praticados no exercício dessas competências. 2. A ameaça de turbação em rodovias federais pode ser repelida pelas Polícias Federal e Rodoviária Federal, às quais compete a preservação da ordem e do patrimônio públicos. Inteligência dos arts. 144, da CF c/c 27, §7º, da Lei 10.638/2003 c/c art.20, II e IV, da Lei nº9.503/97. 3. A autoexecutoriedade dos atos praticados no exercício do Poder de Polícia, faz desnecessária a aprovação, ou chancela, do Poder Judiciário. Ausência do interesse de agir. Sentença mantida. Apelação improvida. (TRF 5ª Região. Apelação Cível nº329084-PB (2003.82.00.006853-5). Apelante: União. Apelado: Sindicato dos Condutores Autônomos de Transportes Públicos Alternativos do Estado da Paraíba. Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano. j. 26.01.2006).

⁴¹⁷ OBRIGAÇÃO DE FAZER – Municipalidade que postula em juízo a interdição e paralisação de atividades empresariais, exercidas em desacordo com as posturas administrativas – Descabimento – Extinção do processo, à falta de interesse de agir – Atos administrativos que gozam da presunção de legitimidade e autoexecutoriedade – Exercício do poder de polícia que, ademais, não depende de mandado judicial – recurso improvido. (TJSP. 9ª Câmara. Dir. Público. Apelação Cível nº336.128-5/8-00. Voto nº13503. Apelante: Prefeitura Municipal de Marília. Apelada: Israel Cristiano Ricci. Rel. Des. Ricardo Lewandowski. j. 24.08.2005). No mesmo sentido: 1) “AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER – MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE – BARRACA DE CAMELÔ – COMERCIALIZAÇÃO DE DVD’S E CD’S – ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO – INEXISTÊNCIA – INDEFERIMENTO DA INICIAL – FALTA DE INTERESSE DE AGIR – PODER DE COERCIBILIDADE E AUTO-EXECUTORIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO – DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO PROVIMENTO NEGADO. Revela-se dispensável a intervenção do Judiciário se o Município, dotado de poder de polícia, poder este que possui como atributo a auto-executoriedade, pode decidir e impor diretamente, por seus próprios meios, as penalidade

O fundamento desse posicionamento é o artigo 3º, do Código de Processo Civil, que dispõe que, para propor ou contestar uma ação, é necessário ter interesse e legitimidade. O primeiro se manifesta quando o provimento jurisdicional postulado for efetivamente útil ao demandante.

Assim, observando que o Município constitui ente estatal integrante da Federação e que seus atos se revestem dos atributos de potestade, com destaque para a presunção de legitimidade e autoexecutoriedade, revela-se despiciendo o pedido cominatório, em razão de possuir o “poder de polícia”. Portanto, não há interesse de agir (desnecessidade da tutela jurisdicional para o fim pretendido).

Nesse sentido entendeu a Ministra Eliana Calmon,⁴¹⁸ destacando que a Administração Pública, por desempenhar ato administrativo, não tem interesse em procurar o Poder Judiciário para conseguir fazer valer a sua determinação.

Em outro julgado, essa posição fica mais clara ainda:

PODER DE POLÍCIA – AUTOEXECUTORIEDADE – ATRIBUIÇÃO DA AUTORIDADE MUNICIPAL.

O agente municipal tem atribuições de poder de polícia para agir em situações de interesse da coletividade, nele se incluindo a autoexecutoriedade, sem intervenção do Poder Judiciário, salvo em casos de excesso.

Recurso negado. (TJSP. 1ª Câm. Dir. Público. Apelação nº186.835.5/7-00. Apelante: Prefeitura Municipal de Mogi das Cruzes. Apelado: Alessandro de Carlo Martinelli. Rel. Des. Danilo Panizza. j. 28.06.2005).

Tratava-se de ação em que o Poder Público Municipal buscava tutela jurisdicional para autorizar interdição de prédio de propriedade do réu, com base em Decreto Municipal

que entender cabíveis às irregularidades cometidas pelo administrado. (TJMG. Apelação Cível nº1.0024.05.888417-2/001. Apelante: Município de Belo Horizonte. Apelado: Laércio Luiz Martins. Relator Des. Armando Freira. j. 07.11.2006). 2) MEDIDA CAUTELAR – Interdição de estabelecimento por ausência de licença de localização e funcionamento – Tutela invocada pela Administração Municipal – Inadmissibilidade – Possibilidade de imposição pela própria Municipalidade, no exercício do poder de polícia – Carência de ação, com base no art. 267, VI do CPC – Decisão Mantida – Recursos improvidos. (TJSP. Apelação Cível nº61.266.5/8-00. Apelante: Prefeitura Municipal de São Paulo. Apelada: Amélia Salimen Nader Vilar. Relator Des. Carlos Augusto de Santi Ribeiro. j.26.04.2000).

⁴¹⁸ “ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – FECHAMENTO DE PRÉDIO IRREGULAR – AUTOEXECUTORIEDADE DO ATO ADMINISTRATIVO – DESNECESSIDADE DE INVOCAR A TUTELA JUDICIAL.1. 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.2. Recurso especial improvido. (STJ. Recurso Especial nº696.993-SP (2004/0147952-0). Recorrente: Município de São Paulo. Recorrido: Comércio de Peças e Acessórios Estrela de Ouro Ltda.). No mesmo sentido: “PODER DE POLÍCIA – EXERCÍCIO – AUTO-EXECUTORIEDADE – DECLARAÇÃO JUDICIAL NÃO CABÍVEL. A administração possui poder de polícia, por atribuição legal, no caso, de fiscalização do transporte de passageiros, cabendo a auto-executoriedade, a qual somente será avaliada pelo Poder Judiciário em caso de excesso. Recurso negado. (TJSP. 1ª Câm. Direito Público. Apelação Cível nº141.500-5/0-00. Apelante: Empresa de Desenvolvimento Urbano e Social de Sorocaba URBES. Apelado: André Prestes Camargo. Relator Des. Danilo Panizza. j. 10.02.2004.)

(nº1433/99). Por não ficar demonstrado o interesse jurídico, a ação foi julgada, em primeira instância, extinta sem julgamento do mérito e, em segunda instância, a decisão foi mantida, justamente sob o fundamento de que as medidas de polícia são autoexecutáveis.

No entanto, temos que ressaltar que esse posicionamento não exclui os casos em que a Administração Pública já tomou todas as medidas administrativas possíveis para o cumprimento da obrigação e, mesmo assim, não logrou êxito e, por isso, precisa se socorrer do Judiciário para satisfazer o interesse público.

Observamos, ainda, que diante de casos em que não haja expressa previsão legal, nem a situação se amolde àquelas tidas como de urgência, a Administração Pública deverá se socorrer do Poder Judiciário para executar as obrigações por ela impostas, isto porque, nesses casos, esta é a única via possível. Não se pode falar em competência vinculada por ausência de previsão.

Já firmamos posição em reconhecer que não são todos os atos de polícia que possuem o atributo da autoexecutoriedade; entendemos, por isso, que cada caso deve ser analisado de forma individual.

Compete ao Judiciário, a despeito de não ser um chancelador⁴¹⁹ dos atos do Poder Público, analisar cada caso concreto e verificar o interesse da medida, bem como o embasamento jurídico do pedido, pois só assim estaremos de fato exercendo as prerrogativas de um Estado de Direito em que cada um exerce o seu papel à luz da Constituição e das leis.

O Poder Judiciário não será um mero chancelador dos atos administrativos, mas o órgão competente e responsável pela aplicação e efetivação dos direitos.

Posicionamo-nos juntamente com a última corrente, aquela que entende que o atributo da autoexecutoriedade se configura como uma atribuição irrenunciável, pois sua finalidade é a satisfação de um interesse público. Dispensar essa potestade significaria repudiar o mecanismo legal de atuação administrativa, com sobreposição indevida da via judicial sobre a administrativa.

José Afonso da Silva bem esclarece que:

a independência dos poderes significa: a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua

⁴¹⁹ Nesse sentido vale citar: “PROCESSUAL CIVIL. Empresa pública municipal. Ação Visando declaração de que é competente para exercer o poder de polícia administrativa. Inicial indeferida, ante a desnecessidade da tutela jurisdicional. Recurso desprovido. (TJSP. 6ª Câm. Dir. Público. Apelação Cível nº119.185-5/4. Apelante: Empresa de Desenvolvimento Urbano e Social de Sorocaba – URBES. Apelado: Paulo Roberto de Melo. Relator Des. Oliveira Santos. j. 9.09.2002).

autorização; c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais.⁴²⁰

Hely Lopes Meirelles frisa que

no regime constitucional de separação de funções, como o nosso, os Poderes do Estado não se confundem nem se subordinam, mas se harmonizam, cada qual realizando sua atribuição precípua e desempenhando restritamente outras que a Constituição lhes outorga para uma recíproca cooperação institucional.⁴²¹

Dessa forma, está cabalmente demonstrado que a autoexecutoriedade, como os outros atributos dos atos administrativos e todos os limites que os circundam, está inserida em um sistema onde a Constituição é o vértice e abaixo dela estão as outras espécies de normas bem como as instituições. Porém, a razão maior, tanto da Constituição, como de todo o sistema, é satisfazer o interesse público da sociedade brasileira.

Esse interesse, muitas vezes, é posto de lado por decisões declaradas como políticas, ou deixado em segundo plano, a pretexto de satisfazer interesses outros. Tais decisões, sempre que desarrazoadas, segundo o interesse público, são passíveis, também, de controle pelo Poder Judiciário.

⁴²⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.110.

⁴²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atualizadores: Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 500.

8 CONCLUSÃO

A pesquisa desenvolvida permitiu que chegássemos a algumas conclusões, todas baseadas nos fundamentos teóricos referidos no presente trabalho.

Com a criação do Estado, as limitações à liberdade e à propriedade se tornaram mais preocupantes, pois a Administração Pública sempre tentou controlar os administrados em todos os aspectos de suas vidas, fazendo repousar a legitimidade de sua atuação na necessidade de manter a ordem e a segurança dos indivíduos. Porém, não raras vezes, ultrapassou os limites, afrontando direitos fundamentais do cidadão.

Proteger o povo e sua liberdade, de indevidas intromissões estatais, é tarefa essencial e fundamental de todo Estado Democrático de Direito.

O poder de polícia, em razão de restringir o exercício de direitos individuais, não pode ir além do indispensável para a satisfação do interesse público que busca tutelar. Sua finalidade não é privar o cidadão dos seus direitos, mas assegurar o seu pleno exercício, condicionando-o ao bem-estar coletivo. Por isso, só poderá limitá-los, quando em conflito com interesses maiores da sociedade e na medida estritamente necessária à consecução dos fins estatais.

Fundamentamos o poder de polícia na supremacia do interesse público sobre o particular, de forma a proteger o interesse social e, a autoexecutoriedade, na mesma supremacia do interesse público sobre o interesse privado, na segurança jurídica e na necessidade de salvaguardar com rapidez e eficiência o interesse público.

Analizando o direito administrativo de países adeptos ao sistema europeu-continental e outros filiados ao sistema anglo-saxão, sistemas jurídicos que influenciaram o direito administrativo brasileiro, constatamos ser uníssona a preocupação em proteger a liberdade e a propriedade dos administrados.

Em ambos os sistemas, percebemos que o primeiro passo para a proteção dos administrados ocorreu com a separação das funções estatais e com a criação de um “poder” independente e imparcial para julgar a aplicação da lei, mesmo nos casos em que a Administração Pública fosse parte interessada.

Foi por isso que a Constituição Federal de 1988 asseverou, logo no artigo 2º, que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, após ter fixado, no parágrafo único do artigo 1º, que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição.

Na prática, essa aparente simplicidade apresenta um contexto um pouco mais complexo, já que toda atividade é realizada por homens, sujeitos a serem levados por emoções e paixões que, não raras vezes, ensejam um avanço indevido no plexo de competências, configurando uma violação ao Estado de Direito.

Isso porque a competência, que é um dos requisitos do ato administrativo, prevista de forma vinculada pela lei acarreta a invalidação do ato se expedido por pessoa que não esteja legalmente habilitada.

Nesse sentido, o princípio da legalidade, numa concepção ampla, forma uma barreira à autoexecutoriedade dos atos expedidos no exercício do poder de polícia, justamente por definir a atuação estatal.

A legalidade, ao servir de fundamento da atuação administrativa, ressalta a importância da constituição no Estado Democrático de Direito, por representar a própria ordem jurídica fundante, entendida como fonte do arcabouço normativo e limite das normas legislativas inferiores.

Os princípios constitucionais, por sua vez, possuem função de fundamento do sistema jurídico, dirigindo a elaboração das demais normas e a prática de atos administrativos.

Por isso admitimos, em situações excepcionais, que mesmo com a separação das funções e sabendo que a Administração Pública só pode atuar sob o manto da lei, que a Administração poderá atuar, com base numa concepção de legalidade mais aberta, no sentido de basear a atuação no Direito, ou seja, no sistema jurídico formado pela Constituição, com seus princípios e demais normas.

Apontamos, ainda, ao lado do princípio da legalidade, os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade administrativa, juntamente com os do devido processo legal e do direito adquirido, como limites da autoexecutoriedade do poder de polícia, pois, se é fato que a autoexecutoriedade é atributo que permite à Administração Pública o desenvolvimento da função administrativa e com isso a satisfação do interesse público, também é fato que essa atuação deve estar enquadrada no sistema jurídico e, por isso, deve possuir limites bem definidos a fim de ser garantida a proteção dos administrados.

Os meios diretos de coação, ou seja, a autoexecutoriedade dos atos de polícia, não serão válidos quando desproporcionais ou excessivos em relação ao interesse protegido pela lei.

Portanto, reconhecemos que a autoexecutoriedade dos atos expedidos no exercício do poder de polícia não tem natureza de poder absoluto, mas configura instrumento, criado pelo direito e regido por ele, para que o administrador concretize o ideal público. É ela uma

competência e não um poder.

Da mesma forma, o devido processo legal também deve ser observado, sob pena de invalidação do ato.

Além do respeito à lei, cabe ao administrador público considerar simultaneamente o interesse público e os direitos fundamentais.

Apenas diante de casos específicos e em concreto, é que se terá a possibilidade de ponderar entre o interesse público e o interesse particular que deve prevalecer, bem como avaliar se o agente, no exercício do poder de polícia, não se distanciou da finalidade pública prevista pela norma. Caso tenha ocorrido tal distanciamento, o agente terá incidido em desvio de poder e, com isso, acarretará a nulidade do ato, com todas as consequências nas esferas civil, penal e administrativa.

Vale lembrar que a Lei nº 8.429/92, no art. 11, inciso I, indica como ato de improbidade administrativa os praticados com desvio de poder.

Por isso destacamos, uma vez mais, que o Estado só poderá intervir quando as atividades desenvolvidas pelos particulares são insuficientes ou prejudiciais para a sociedade, sempre buscando a finalidade pública prevista na norma.

O ato de intervenção deve, ainda, ser razoável, ou seja, exige-se que o ato autoexecutório guarde proporcionalidade com os motivos e que seja escolhido objeto apto a contribuir para a busca da finalidade.

O administrado, em qualquer caso de violação ou ameaça de direito, ou ainda, quando o ato possuir conteúdo cuja discriminação seja injustificada, desarrazoada, desproporcional, ou ainda imoral, no sentido de não atender à boa administração, poderá se valer do Judiciário, como forma de controle da atuação administrativa.

O controle da Administração visa a proporcionar que os atos públicos se harmonizem com os princípios que regem o ordenamento jurídico, partindo das premissas do império da legalidade e da presença de barreiras ao desempenho da função pública.

Cabe análise judicial de todo e qualquer ato administrativo, inclusive dos atos discricionários, para verificar se, no caso concreto, a possibilidade abstrata eleita pelo executor está em consonância com a finalidade esculpida na norma.

Nos atos discricionários, a escolha do administrador conserva-se intacta. O que se busca é que ela seja limitada objetivamente, porque a ausência de controle significa a aceitação de que o defeito discricionário é legítimo e legal.

Ainda que ao Executivo seja constitucionalmente reservada uma liberdade de conformação e atuação jurídica, é conferida, ao órgão judicial de controle, a possibilidade de

intervir, para assegurar a concretização dos comandos constitucionais.

O controle de constitucionalidade no Brasil, além de ter o condão de rechaçar atos administrativos incompatíveis com os princípios e regras constitucionais, apresenta-se como instrumento de concretização e desenvolvimento da Constituição.

Os princípios constitucionais da legalidade (entendido como juridicidade), da moralidade e do devido processo legal, ao lado dos princípios gerais do Direito Administrativo da supremacia do interesse público e da razoabilidade, prestam-se a guiar objetivamente a atividade administrativa e possibilitar o controle judicial da Administração.

Apenas com a prática cotidiana desses princípios é que construiremos uma sociedade equânime e solidária, pois o desenvolvimento do Direito se faz com discussão dos casos concretos, aprofundamento do estudo e paulatina aplicação e proteção dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário jurídico brasileiro Acquaviva*. 2. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1993.

ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. 3. ed. Tradução Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1960.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ANDRADE, Leticia Queiroz de. Regulação e poder de polícia: distinções conceituais juridicamente relevantes. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício (coord.). *Intervenções do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo; ÁVILA, Humberto; SCHIDER, Paulo Ricardo. *Interesses público X Interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. Controle sanitário e liberdade individual. In: Brasil. Fundação nacional de Saúde. (Org.). *Programa Nacional de Controle da Dengue: amparo legal à execução das ações de campo - imóveis fechados, abandonados ou com acesso não permitido pelo morador*. Brasília: Fundação Nacional de Saúde, 2002, p. 23-29.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 20, p. 21-28, 1997.

_____. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 2, p. 44-61, out./dez. 1967.

_____. Apontamentos sobre o poder de polícia. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 9, p. 55-68, jul./set. 1969.

_____. Legalidade – Discricionariedade – seus limites e controle. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 86, p.42-59, abr./jun. 1988.

_____. O controle judicial dos atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 152, p. 1-15, abr./jun. 1983.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007, v. I.

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1932.

BARRETO, Paulo Ayres. *Contribuições: regime jurídico, destinação e controle*. São Paulo: Noeses, 2006.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Disponível em: <<http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628007.htm>>__Acesso em: 30 abr.2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 1996.

_____. Repartição constitucional da competência para o exercício do poder de polícia. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 16, p. 172-179, abr./jun. 1971.

BENACHES, Mercedes Lafuentes. *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, Clóvis. *Poder de polícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

BIELSA, Rafael. *Compendio de derecho administrativo*. 2.ed. Buenos Aires: Depalma, 1957.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 239, p. 1-31, jan./mar. 2005.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução Carmen C. Varrile; Coordenação da Tradução João Ferreira. 12. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. v. 1.

BOMFIM, Nina Laporte; FIDALGO, Carolina Barros. Releitura da autoexecutoriedade como prerrogativa da Administração Pública. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de AZEVEDO. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 267-309.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: Paz e Terra, 1990.

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./mar. 2007. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 23 nov. 2009.

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 1991.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____; MOREIRA, Vital. *Os poderes do Presidente da República*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Língua e linguagem*. Apostila da disciplina filosofia do direito I do programa de mestrado e doutorado da PUC/SP.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CASAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1998.

_____. *La ejecutoriedad del acto administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CHAPUS, René. *Droit administratif general*. 13. ed. Paris: Montchrestien, 1999.

CRETELLA JR. José. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001.

_____. *Do poder de polícia*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Direito administrativo comparado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____. Ato administrativo: a tridimensão da discricionariedade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 119, p. 33-39, jan./mar. 1975.

DALLARI, Adilson Abreu. Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: v. 36, n. 141, p. 75-87, jan./mar. 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Normas gerais sobre saúde: cabimento e limitações. In: Fundação Nacional de Saúde. (Org.). *Programa Nacional de Controle da Dengue: suporte legal a execução das ações de campo: pendências referentes a imóveis fechados, abandonados e com entrada não permitida pelo morador*. Brasília: Fundação Nacional de Saúde, 2002, v.1 , p. 41-54.

DIEZ, Manuel Maria. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Omeba, 1971.

- _____. *El acto administrativo*. 2. ed. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1961.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- _____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- _____. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- _____. *Abrangência e limites da atividade de ordenação da administração pública em matéria de saúde pública. Programa Nacional de Controle da Dengue: suporte legal à execução das ações de campo: pendências referentes a imóveis fechados, abandonados e com entrada não permitida pelo morador*. Brasília/DF: Fundação Nacional de Saúde, 2002, v. , p. 55-65. Disponível em: http://www.funasa.gov.br/epi/dengue/pdfa/pncd_legislacao.pdf. Acesso em: 11.nov.2003.
- _____. O direito administrativo brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da *common law*. *REDAE - Revista eletrônica de direito administrativo-econômico*, Salvador, n.8. nov./jan. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 26 out. 2009.
- DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 11. ed. Buenos Aires – Madrid – México: Ciudad Argentina – Hispania Libros, 2006.
- _____. *Acto administrativo: ejecución, suspensión y recursos*. Buenos Aires: Macchi, 1973.
- ENTRENA CUESTA, Rafael. *Curso de derecho administrativo*. 5. ed. Madrid: Tecnos. 1976.
- FALCÃO, Alcino Pinto. Poder de polícia e poluição sonora. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n.16, p. 73-88, abr./jun. 1971.
- FERRAZ, Sérgio. O controle da administração pública na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 188, p.64-73, abr./jun. 1992.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. Estado de direito e devido processo legal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 209, p.7-18, jul./set. 1997.
- FLEINER, Fritz. *Instituciones de derecho administrativo*. Tradução 8. ed. alemã Sabino A. Gendin. Barcelona: Labor, 1993.
- FLUSSER, Vilém. *Língua e realidade*. 2. ed. São Paulo: Annablume, 2004.
- FORSTHOFF, Ernest. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.

FREITAS, Juarez. O poder de polícia administrativa e o primado dos direitos fundamentais no sistema brasileiro. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme Costa (coord.). *Direito Público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey. 2004. p. 401-418.

GABBA, C.F. *Teoria della retroattività delle leggi*. 3. ed. Milão-Roma-Nápole: Torino, v. I, 1891.

GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, Brasília, n.79, p. 29-58, mar./maio 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 12.ed. Madrid: Thomson Civitas, 2004.

GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de derecho administrativo*. 11.ed. Madrid: Tecnos, 1989.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GIANNINI, Massimo Severo. *Istituzioni di diritto amministrativo*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2000.

_____. *Diritto amministrativo*. 3. ed. Milano: AG, 1993. v. 2.

GOMES, Carla Amado. *Contributo para o estudo das operações materiais da administração pública e do seu controlo jurisdicional*. Coimbra: Coimbra Editores, 1999.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 8. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2003. t. 3.

_____. *Tratado de derecho administrativo*. Parte General. Colômbia: Biblioteca Jurídica Diké, 2001.

_____. *Introducción al derecho administrativo*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1966.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Poder discricionário. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 93, p. 41-121, jan./mar. 1990.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Inviolabilidade do domicílio na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, São Paulo/Bauru, n. 24, p. 61-115, dez./ mar.1999.

_____. Devido processo legal e o procedimento administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 18, p. 34-43, 1997.

HARIOU, Maurice. *Précis elementaire de droit administratif*. 4. ed. Paris: Sirey, 1938.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamago. Revisão Ana Freitas. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

LAUBADÈRE, André de. *Traité de droit administratif*. 15. ed. Paris: L.G.D.J.1999. t. 1.

LEGARRE, Santiago. *Poder de policía y moralidad pública*. Buenos Aires: Depalma, 2004.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7.ed. rev. Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007.

LINARES, Juan Francisco. *Fundamentos de derecho administrativo*. Buenos Aires: Astrea, 1975.

_____. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Astrea, 1986.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Reconceituando o poder de polícia*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Tradução Kuís Afonso Heck. 14. ed. Barueri: Manole, 2006.

MAYER, Otto. *Derecho administratvo aleman*. Tradução Horacio Heredia; Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1951.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. Poder de polícia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 199, p. 89-96, jan./mar., 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atualizadores: Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Direito de construir*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MODESTO, Paulo. Função administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, n. 5, jan./mar. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 17.03.2010.

- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 1983.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. As leis de ordem pública e de direito público em face do princípio constitucional da irretroatividade. *Revista da Procuradoria Geral da República*, São Paulo, n. 1, páginas 13-19, out./dez. 1992.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006.
- NOHARA, Irene Patrícia. *Limites à razoabilidade nos atos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2006.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- OLIVEIRA, Odília Ferreira da Luz. Implicações da distinção entre poder de polícia e serviço público. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 74, p. 207-216, abr./jun. 1985.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. *Infrações e sanções administrativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- _____. Executoriedade dos atos administrativos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo. v. 684, p. 44-46. out./1992.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- _____. *Improbidade administrativa*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese. 1988.
- PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1962.
- PEREIRA, César A. Guimarães. Discricionariedade e apreciações técnicas da administração. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 231, páginas 217-267, jan/mar. 2003.
- PESSOA, Leonardo Ribeiro. *Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na jurisprudência tributária norte-americana e brasileira*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5989>>. Acesso em: 29 abr. 2009.
- PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*. São Paulo: Quartier Latin, 2006
- _____. *Regime jurídico das licenças*. São Paulo: Quatier Latin, 2006.
- _____. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

_____. A auto-executoriedade do ato administrativo: condições de existência, requisito de validade e outros aspectos. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. Ano 7, nº 2, p. 47-69, julho/dezembro – 2006.

_____. ZOCKUN, Maurício (coord.). *Intervenções do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PORTA, Marcos de Lima. *Processo administrativo e o devido processo legal*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

_____. A apreensão de bens por infração administrativa-ambiental. *Direito ambiental em evolução*. v.2. In: FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito ambiental em evolução – 2*. Curitiba: Juruá, 2001. v. 2.

PONTES, Valmir. *Programa de direito administrativo*. 2.ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968.

QUEIRO, Afonso Rodrigues. Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em direito administrativo. In: *Estudos de Direito Público*. Coimbra: Coimbra, 1989, v. I. páginas 83-137.

_____. Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 97, páginas 1-8, jul/set 1969.

RACHED, Danielle Hanna. *O devido processo legal na agência nacional de telecomunicações (ANATEL)*. 2004. 183 f. Dissertação (mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 1986.

RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. Tradução José Cretella Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995.

RODRIGUES, Rodrigo Bordalo. *Autoexecutoriedade do ato administrativo*. 2009. 237 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

_____. Princípios constitucionais do processo administrativo brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, v. 17. p. 5-33, 1997.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes . *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel. *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*. Valencia: LAEL, 2004.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Conceito de mérito no direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 23, p. 1-16, jan./mar. 1951.

SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 179, p. 51-67, jan./mar. 1990.

_____. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 2 mar. 2010.

_____. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 84, p. 46-63, 1987.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. São Paulo: Forense, 1963.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 31. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Poder de polícia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 132, p. 241-255, abr./jun. 1978.

_____. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da Democracia. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n.212, p.89-94, abr./jun. 1998.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.

SILVEIRA, Egle dos Santos Monteiro da. A discricionariedade e os princípios da razoabilidade e da motivação. *Princípios informadores do direito administrativo*. São Paulo: NDJ, 1997. p. 117-160.

SOUZA, Antonio Francisco de. Consentimento do particular em matéria de tratamento de dados pela autoridade administrativa. *Revista de Direito Público*. São Paulo, v. 77, p. 69-74, jan./mar. 1986.

STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des actes administratifs*. Athènes: Collection de L'Institut Français D'Athènes, 1954.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros. 2003.

_____. Vigilância epidemiológica e direitos constitucionais. In: Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. *Programa Nacional de Controle da Dengue: amparo legal à execução das ações de campo - imóveis fechados, abandonados ou com acesso não permitido pelo morador*. Brasília: Fundação Nacional de Saúde, 2002, p. 67-85.

TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975.

_____. Poder de polícia e polícia do poder. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 74, p.63-69, abr./jun. 1985.

_____. Contencioso administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 133, p. 59-60, jul./set. 1978.

TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy, 2003.

ULLA, Décio Carlos. *Acto administrativo*. Buenos Aires: Astrea, 1982.

VEDEL, Georges. *Droit administratif*. 4. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1968.

_____. *Derecho administrativo*. Tradução: Juan Ricon Jurado. 6. ed. Madrid: Aguilar, 1980.

VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade na Constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n.2. p. 205-210, 1993.

ZANOBINI, Guido. *Curso de derecho administrativo*. Tradução Héctor Masnatta. 5. ed. italiana. Buenos Aires: Arayú. 1954. v. 1.